

EL RETRACTO DE GRACIOSA EN LA NUEVA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA 2/2006, DE 14 DE JUNIO DE 2006.

JOSÉ MANUEL SILVOSA TALLÓN

Secretario Judicial del Juzgado de Primeira Instancia e Instrucción de Arzúa La Coruña, profesor colaborador de las Escuelas de Práctica Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela y del Colegio de Abogados de Lugo.

I.-Introducción.

En día 11 de agosto de 2006¹, se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley de Derecho Civil de Galicia como fruto de la realidad social y como tal, cambiante a lo largo del tiempo, de forma que mientras unas instituciones pierden vigencia, aparecen otras que tratan de acomodarse a la nueva situación². Así la disposición adicional de la antigua Ley Civil de Galicia³ establecía que cada cinco años como máximo, sin perjuicio de la iniciativa parlamentaria correspondiente, la mesa del parlamento de Galicia designaría una ponencia con el fin de la elaboración de un informe sobre la problemática originada en ese periodo por la aplicación de la referida ley, así como de aquellas otras necesarias para la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio de Galicia. Y para cumplir dicha disposición adicional y facilitar la labor de la ponencia legalmente prevista, se elaboraron distintas propuestas e informes de carácter institucional, y en tal sentido se constituyó la Comisión Superior para el estudio del desenvolvimiento del Derecho Galego cuya composición y funciones se regula por Decreto de 107/ 1999 de 8 de abril, de la Con-

¹ BOE número 191.

² Preámbulo primero de la referida.

³ Disposición adicional 2 le ley 471995 de 24 de mayo.

sejería de Justicia, Interior y Relaciones Laborales, siendo consejero el Sr. Jesús C. Palmou Lorenzo. En su articulado se perfilaba la composición de dicha comisión, que finalmente la formaron D. Gerardo García Boente, Decano del Colegio de Notarial de Galicia, los catedráticos de las tres universidades gallegas D. Miguel Ángel Pérez Álvarez, D. Ángel Rebolledo Varela y D. Fernando José Lorenzo Merino⁴. Partiendo de dicho encargo se constituyó el grupo de trabajo en que además de las personalidades citadas se integraron José Luis Espinosa de Soto, José Manuel Lois Puente, Eduardo Méndez Apenela, y Francisco M. Ordóñez Arman, miembros de la Comisión del Colegio Notarial de La Coruña para el estudio del derecho civil de Galicia, entregando al Conselleiro Sr. Antonio Pillado Montero en abril de 2001 el trabajo efectuado, trabajo que éste remitió al parlamento, y que, unido a las conclusiones del II Congreso de Derecho Civil celebrado en La Coruña en noviembre de 2002 y al informe del Consello da Cultura Galega, forman la base de la nueva ley. Ésta se admitió a trámite el 20 de diciembre de 2005⁵. Como propuesta de ley sobre derecho civil la envía a tal efecto por la ponencia conjunta compuesta por Pablo López Vidal, Jesús Palmou Lorenzo y Lago Tabares Pérez Piñeiro. Se presentan y publican las correspondientes enmiendas⁶, y el informe de la ponencia⁷ y finalmente, el texto articulado de la ley de Derecho Civil de Galicia es aprobado por el plenario del parlamento el 6 de junio de 2006, constituyendo la Ley 2/2006⁸ de 14 de junio.

La figura objeto de estudio, el retracto de graciosa, ha sido mutilada en el concepto ancestral que tenía en los usos y costumbres de Galicia, al pasar este retracto de la doble ficción de que la adjudicación en la subasta judicial se efectuaba en concepto de prenda judicial recobrable en cualquier tiempo en que el deudor abonare el importe de su deuda y, además, en que el deudor conservaba la posesión mediata de esos bienes retraíbles⁹, a ser bienes reembargables al suprimir la palabra “definitivamente” del artículo 34 de la antigua ley en su nuevo artículo 95, y al introducir tres nuevos artículos, lo que resta utilización práctica a la figura del retracto de graciosa.

No olvidemos que ya su introducción en la antigua Ley de Derecho Civil de Galicia había generado polémica. Así, para el profesor REBOLLEDO VARELA¹⁰, esta figura era la más conflictiva de la ley 4/95, probablemente innecesaria en su propia inclusión por perturbadora en los procedimientos de ejecución patrimonial a pesar de la bondad de su fina-

⁴ Según consta en el preámbulo de la ley editada por Tecnos y escrita por Fernando José Lorenzo Merino, Pág. 23.

⁵ Boletín Oficial do parlamento de Galicia número 63 de 21 de diciembre de 2005 Pág. 3614 a 3654.

⁶ Boletín Oficial do parlamento de Galicia número 98 de 10 de marzo de 2006 Pág. 7355 a 7386.

⁷ Boletín Oficial do parlamento de Galicia número 140 de 16 de mayo de 2006 Pág. 11938 a 11983 .

⁸ Boletín Oficial do parlamento de Galicia número 159 de 12 de junio de 2006 Pág. 14534 a 14616.

⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Sala de lo Civil y Penal de 27 de enero de 1999, ponente el Ilmo. Sr. D. Juan José Reigosa González Id. Cendoj: 15030310011999100014.

¹⁰ Derecho civil gallego .Derechos reales servidumbre de paso, serventías y el retracto de graciosa en la Ley 4/95 de 24 de mayo de Derecho Civil de Galicia, editado por el CGPJ y Xunta de Galicia, página 179.

lidad última. En cambio para el profesor DOMINGO BELLO JANEIRO¹¹, el retracto de graciosa lo que trata de evitar es la realidad diaria de embargos y adjudicaciones de fincas por una cantidad muy inferior a su valor real. En cambio, para BUSTO LAGO¹², el retracto de graciosa por su fundamento y finalidad puede considerarse como el ejemplo más paradigmático en el Derecho Civil de Galicia de una serie de instituciones que se contemplan en el Derecho Europeo comparado al servicio de los campesinos y agricultores en general.

El presente trabajo supone la actualización de la comunicación que fue presentada en el III Congreso de Derecho Civil de Galicia, celebrado los días 27, 28 y 29 de noviembre de 2002¹³.

II.-Antecedentes Históricos.

Su origen histórico responde a una gracia que concedía la Real Audiencia de Galicia en los casos de ejecución patrimonial de los bienes raíces de naturaleza rústica que resultaban imprescindibles para la supervivencia de la empobrecida Galicia campesina¹⁴. En palabras de los jurisconsultos del siglo XVIII : " El retracto de graciosa es fundada en razón, no es contra la ley de Dios, derecho natural, bien común, ni fue introducida por error, porque es notoria la pobreza que en general aflige a la mayor parte de los habitantes de Galicia, su ningún comercio y excesivas rentas que pagar por los bienes que cultivan, como que son forales los más... mucho trabajo tendrá en resarcirse, sin más comercio que el fruto del sudor, al mismo tiempo que su familia pide y requiere sustento. Grande embarazo es la pobreza y necesidad oprime y embaraza como impedimentos el más grave hasta a los más elevados ingenios cautiva el ejercicio de la voluntad, alciato por símbolo de la pobreza, pinta un hombre alzada la mano, en ella una ala, y en el pie una grande piedra"¹⁵.

La primera noticia de esta institución en la literatura Jurídica Gallega con el nombre de Pedimento de Graciosa, la encontramos en 1768, fecha en la que se publicó la primera edición del libro de Bernardo Herbella de Puga, Derecho práctico y estilos de la Real Audiencia de Galicia.

¹¹ Derecho civil gallego .instituciones de la Ley 4/95 de 24 de mayo de Derecho Civil de Galicia, editado por el CGPJ y Xunta de Galicia, página 128.

¹² JOSE MANUEL BUSTO LAGO, comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, tomo XXXII volumen I página 323.

¹³ Publicado por revista Foro Galego , página 206 número 191-192 del año 2003.

¹⁴ JOSE MANUEL BUSTO LAGO en La revista de derecho privado, Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, TOMO XXXII VOL I Pág. 324, editorial, editoriales de derecho reunidas.

¹⁵ Derecho práctico y estilos de la Real Audiencia de Galicia, por el licenciado Bernardo Herbella de Puga, reeditado por el Ilustre colegio de Abogados de la Coruña en base a la segunda edición anotada reimpressa en Santiago, año 1844 página 84.

2.1. Derecho práctico y estilos de la Real Audiencia de Galicia.

El autor de la obra " El derecho práctico y estilos de la Real Audiencia de Galicia", era natural de Manzanares de Trives, y publicó por primera vez esta obra en 1786, publicándose una segunda edición en 1844, y la tercera, realizada sobre las dos anteriores, lo fue en 1975 por el Colegio de Abogados de la Coruña. Esta obra respondía a la moda de la época que se inicia en el siglo XVI, y que tenía como finalidad dar a conocer la práctica forense para instruir en su ejercicio a los nuevos abogados. Pero esta obra sin duda no hubiera tenido más importancia que un singular interés por Galicia, si no es por la denuncia de que fue objeto en 1803 por un ex alcalde mayor del Crimen de la Real Audiencia de Galicia, Ramón Calvo de Rozas, la cual trajo consigo la apertura de un expediente que terminó con la sentencia del Consejo de Castilla ordenando la retirada de la circulación del libro¹⁶.

En el capítulo séptimo del libro referido se recoge la práctica de la denominada graciosa o recobración de los bienes vendidos en pública subasta. En dicho capítulo aparecen como sus rasgos principales los siguientes¹⁷:

- a.- El plazo de interposición es de 30 años.
- b.- El objeto del retracto son los bienes raíces, no los muebles.
- c.- Tiene fuerza de ley y deroga las transmisiones que se hubieran establecido antes que ella.
- d.- Si hay mala fe competen los frutos al deudor.
- e.- Es una prenda judicial, un cuasi contrato del Juez con el comprador condicionado a restituir los bienes raíces a los treinta años percibiendo el importe de la venta.
- f.- Se establecen los tres medios que concede para la reposición de los excesos de ejecutar de un pago, o otra cualquiera ejecutoria, y son el de nulidad, querrela y apelación, que en muchos casos pueden acumularse.
- g.- La práctica establecía que para intentar la nulidad del pago se acumulaba el retracto a la apelación.
- h.- La nulidad contra la sentencia se utilizaba contra la perversión de orden en forma de derecho, subastando antes los bienes raíces que los muebles y dicha nulidad iba conjunta con el retracto.
- i.- El retracto se interponía incluso cuando el acreedor era clérigo, o si éste había sido el comprador en pública subasta, y por tanto no se aplicaba el fuero canónico.
- j.- El retracto siempre se entablaba en la Real Audiencia de Galicia, no en los tribunales menores.

¹⁶ EMMA MONTANOS FERRIN , AHDE , Tomo L II m Madrid 1982, página 719.

¹⁷ Obra citada, páginas 77 a 90.

k.- La novedad con Castilla es que allí el deudor tenía nueve días siguientes al remate para recobrarlos.

l.- La apelación a la resolución de la Real Audiencia de Galicia se hacía ante la Cancillería de Valladolid, que debía aplicar la costumbre gallega y no la castellana.

Para el Secretario de Sala de la Audiencia Territorial de La Coruña, D. ALFREDO GARCÍA RAMOS¹⁸, recogiendo los usos y costumbres de los letrados de la época, establece que el retracto de graciosa lo conocía privativamente la Real Audiencia sin que en ningún caso pudieran otorgarla los Juzgados inferiores, y los jurisperitos no la ejercitaban aisladamente, sino que también pedían la nulidad de pago de la venta fundados en cualquiera de las causas que mencionaba la legislación y subsidiariamente solicitaban se les otorgase el beneficio de graciosa. Continúa el citado autor indicando que, como la ley recopilada prescribía que las sentencias quedaban firmes si no se apelaba de ellas en el plazo improrrogable de cinco días, idearon los abogados otra sutileza mayor que tuvo suerte de recibir la sanción del tribunal territorial y que consistía en decir que la graciosa no sólo era facultad sustantiva, sino que también surtía efectos procesales, pues mantenía vigente el derecho de apelación durante los treinta años que vivía la acción de retracto, recogiendo las siguientes características:

- a) No se exigían condiciones para el ejercicio de la graciosa.
- b) El deudor ejercitaba su pedimento interponiendo apelación, suplicando la devolución de los bienes y prometiendo el reintegro al acreedor del capital, intereses y gastos.
- c) Cualquiera que fuese el tiempo que disfrutaba los bienes, no quedaba obligado por concesión de la graciosa a devolver los frutos percibidos.
- d) No podría ejercitarse más que en relación a los bienes raíces, pues no tenía lugar en las ventas de muebles ni semovientes.
- e) La finalidad fueron razones de índole económico dada la extrema miseria de los habitantes de Galicia, lo que les privaba de poder ejercitar los recursos ordinarios en tiempo hábil por carecer de medios, y considerándola como un premio al que, después de haber perdido toda su herencia, se impuso hábitos de ahorro y economía para recuperarla.

2.2. El retracto de graciosa en el siglo XX.

A principios del siglo XX, ALFREDO GARCÍA RAMOS¹⁹ recoge esta institución con el nombre de graciosa, aunque reconoce que no existía en dicha época, y resalta que fue practicada por la Real Audiencia como estilo característico, justificando la no existencia al impulso de las nuevas orientaciones jurídicas y de la necesidad de no dejar incierto y sin consolidación el derecho de propiedad.

¹⁸ Arqueología Jurídica-consuetudinaria .Económica de la región gallega, editorial Establecimiento Tipográfico, de Jaime Rates ,1912, Pág. 63 y siguientes.

¹⁹ Obra citada Pág. 62.

Con ocasión del Congreso Nacional de Derecho Civil que se celebró en Zaragoza en 1946, se encuentra una alusión a la citada institución de la graciosa, algo que no ocurrió ni en la memoria de López Lago de 31 de diciembre de 1880, ni en la memoria de 12 de octubre de 1899 de la que fue ponente Jacobo Gil, ni tampoco en el llamado apéndice al Código Civil aprobado por la Comisión especial del Derecho Foral de Galicia, hecho público en Coruña el 30 de abril de 1915. En el Congreso de Zaragoza de 1946, la ponencia de la Delegación Territorial de La Coruña mencionaba la graciosa señalando que era una figura inexistente pero de gran importancia en el siglo pasado. En la Compilación de Derecho Civil especial de Galicia de 2 de diciembre de 1963 no se recoge, pero en el 1º Congreso de Derecho Gallego celebrado en La Coruña entre los días 23 y 28 de octubre, y en el seno de la sección IV constituida por los Sr. Hernández Corchero, López Mosteiro y Nogueira Romero, se adoptaron las siguientes conclusiones sobre esta institución²⁰:

Primera.- Se regulará el retracto de graciosa o de gracia a favor del deudor ejecutado sobre los bienes adjudicados al acreedor o a un tercero en trámite de ejecución judicial o de autoridad competente y que constituyan o formen parte del patrimonio familiar.

Segunda.- En el supuesto de la conclusión anterior, el deudor ejecutado podrá retraer definitivamente los bienes adjudicados mediante el pago del precio o valor en que se adjudicaron y gastos de legítimo abono. El organismo que haya hecho la adjudicación la notificará al deudor ejecutado dentro del tercer día, iniciándose desde ese momento el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción retractual.

Tercera.- Durante ese plazo de sesenta días que será de caducidad, los bienes quedarán en la misma situación y posesión en que venían antes de la adjudicación y el depósito sometido a igual responsabilidad.

Cuarta.- Los bienes objeto del retracto no podrán ser motivo de nuevas trabas o embargos por la responsabilidad de la que dimana la adjudicación cuando no la hubieren cubierto por completo.

Esta institución fue recogida en el texto elaborado al finalizar la II legislatura por la Comisión de Derecho Civil, pero no en los textos elaborados por la Comisión non permanente de Derecho Civil de Galicia y la del Consello da Cultura Galega del año 1991. Se recogió en cambio en la proposición de Ley de Derecho Civil de Galicia de 1993, pasando al artículo 34 de la antigua ley de Derecho Civil de Galicia, hoy artículos 95 al 98.

2.3. Figuras próximas en el Derecho Histórico Español.

Hay tres figuras próximas que se encuentran en el derecho histórico español, que son las siguientes:

a.- La ley de Toro LXX: La ley del fuero, “que habla cerca de sacar el pariente más propinquo la cosa vendida de patrimonio por el tanto, aya también lugar, quando se ven-

²⁰ Libro del I congreso de Derecho Gallego La Coruña 1974, páginas 534 y 535.

diere en él a moneda pública, aunque sea pro mandamiento de juez, y los nuevos días que dispone la ley del fuero, y la ley del ordenamiento de Nieva, y asimismo aya de pagar el comprador las costas, y el alcavala, si las pagó el comprador, antes que la cosa así vendida le sea entregada.”

Esta ley es reproducida por la Ley IV del título XIII De los Retractos y derechos de Tanteo del libro X de los Contratos y Obligaciones, Testamentos y Herencia de la Novísima Recopilación de 1805, la cual lleva por expresiva rúbrica “Ampliación del Derecho de retracto a las cosas de patrimonio vendidas en almoneda”.

b.- El retracto de graciosa en el Derecho Navarro, en cuyo ordenamiento fue recogido en la ley 51 de la Cortes de 1766, y la 102 de las Cortes de 1817 y 1818. En la primera de estas leyes, adquirió carta de naturaleza en la legislación escrita el retracto de graciosa, institución que hasta entonces era puramente tradicional y consuetudinaria. La ley de 1766 estableció para el retracto de graciosa el plazo de 4 años, y dentro de los cuatro meses siguientes a este plazo, los acreedores tomaban posesión de los bienes. En la ley 102 de las Cortes de 1817 y 1818 se redujo a petición de las Cortes a un año el plazo del retracto, y a dos meses el término para la elección y apropio.

La compilación de Navarra de 1973 recoge el retracto de graciosa en la ley 451 que dice, *"En todos los casos de ejecución patrimonial, el deudor ejecutado podrá retraer los bienes definitivamente adjudicados en el plazo de nueve días mediante el pago del precio y gastos de legítimo abono"*.

c.- En el Derecho Civil Foral del País Vasco, en el artículo 124 de la Ley 37/1992 de 1 de julio, establece *"Que en los casos de ejecución hipotecaria, judicial o extrajudicial, o en procedimientos de apremio, los parientes tronqueros podrán ejercitar cualquiera de los siguientes derechos:*

1.-El preferente de adquisición por el precio de adjudicación, compareciendo ante el órgano que celebró la subasta antes de que se otorgue el instrumento público de transmisión al adjudicatario y consignado en el acto el precio expresado.

2.-El de saca foral, del modo regulado en este título y dentro del plazo de tres meses a contar de la fecha de la subasta. Igual derecho tendrá en caso de adjudicación al acreedor ejecutante durante el plazo de tres meses a partir de la adjudicación".

Para el Magistrado Sr. ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL²¹, una aproximación al retracto de graciosa a los efectos de mantener la integridad del capital social, lo constituye el contenido en el artículo 31 de la LSRL de 25 de marzo de 1995.

²¹ Normas procesales del Derecho Civil de Galicia contenidas en la ley de 24 de mayo de 1995, Revista Jurídica Galega número 15, 1 cuatrimestre, año 1997, Pág. 24 a 31.

2.4 Causas de desaparición de la institución en la práctica Jurídica.

Según el profesor Busto Lago²², es en la práctica jurídica gallega a mediados del siglo XIX, cuando desaparece el retracto de graciosa debido a dos causas principalmente:

a.- Por el triunfo de la ideología liberal burguesa, que se refleja en las codificaciones decimonónicas, las cuales postulan la mayor libertad de las facultades dispositivas de los propietarios y la libre circulación de los bienes.

b.- La aparición de textos normativos procesales y sustantivos en los que no se contempla la institución y hacen inviable el recurso a la misma por vía de la equidad, así la LEC de 1855, y la de 1881 y el mismo Código Civil de 1889, en su artículo 5 disponía " que las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario "

III. Concepto.

En la Enciclopedia Jurídica Española de Francisco Seix²³, viene definida esta figura como "un retracto singular que corresponde al deudor ejecutado contra cuyos bienes se hubiera dictado sentencia de remate y hubieran sido vendidos en subasta judicial, a fin de recuperarlos del comprador o del tercero en cuyo poder se encuentran". La institución por primera vez la recoge Herbella de Puga en su libro titulado Derecho Práctico y Estilos de la Real Audiencia de Galicia, año 1768, quien relataba que la misma era una equidad de la que usa la Real Audiencia de Galicia a favor del deudor para que recupere los bienes raíces que se le hayan vendido en subasta aportando el importe de la venta²⁴. Años más tarde de la aparición de la obra de Herbella de Puga, J. Escriche²⁵ recoge la voz "graciosa", señalando que con tal término se hace referencia a la costumbre o práctica introducida en los tribunales de Galicia a favor de los deudores ejecutados y consiste en acceder a que se restituyan a éstos los bienes vendidos en pública subasta, con tal de que los reclamen dentro del término de treinta años y aportando el importe de la venta y de los gastos que ésta hubiese ocasionado.

En la década de los cincuenta, el profesor BADENES GRASSET²⁶ definió al retracto de graciosa, como el que corresponde al deudor ejecutado contra cuyos bienes se hubiera dictado sentencia de remate y hubiesen sido vendidos en subasta judicial a fin de recuperarlos del comprador o del tercero en cuyo poder se encontrasen.

²² JOSE MANUEL BUSTO LAGO en La revista de derecho privado Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, TOMO XXXII, VOL, 1 Pág. 326, editorial Editoriales de Derecho Reunidas.

²³ TOMO vigésimo séptimo, página 536, editorial FRANCISCO SEIX AÑO 1917.

²⁴ Obra citada página 80.

²⁵ Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia. Año 1863.

²⁶ La preferencia adquisitiva en el derecho Español. Editorial Boch, Barcelona, 1958 páginas 121 y 122.

En palabras del profesor BUSTO LAGO²⁷, el retracto de graciosa es una gracia que, de conformidad con la Ley 3 del Título 32 de la Partida VII (en la cual se distingue entre misericordia, merced y gracia), supone no un perdón, sino un don gratuito que hace el Rey, pudiendo con derecho excusarse de hacerlo si quisiera.

La ley 4/1995 de 24 de mayo de Derecho civil de Galicia en su Título IV, regula el retracto de graciosa en un único artículo, artículo 34, que dispone que *en los casos de ejecución patrimonial sobre bienes de naturaleza agraria, el deudor ejecutado que tuviese la condición de profesional de la agricultura podrá retraer definitivamente los bienes adjudicados en el plazo de treinta días a partir de la fecha de notificación, mediante el pago del precio y gastos de legítimo abono.*

Y la actual ley 2/2006 de 14 de junio, en su artículo 95, establece que *en todos los casos de ejecución patrimonial sobre bienes que formen parte de una explotación agraria, el deudor ejecutado que tuviera la condición de profesional de la agricultura podrá retraer los bienes adjudicados en el plazo de treinta días hábiles a partir de la fecha de la notificación de la adjudicación*, complementándose el concepto con el artículo 96, al establecer que *para ejercitar el retracto de graciosa el deudor habrá de proceder al pago del precio y gastos de legítimo abono.*

IV. NATURALEZA JURÍDICA.

Para la determinación de la naturaleza jurídica del retracto de graciosa debemos partir del concepto de retracto y de su concepción como derecho real. Así el Código Civil en su art. 1.521, define el retracto como “*el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago*”.

Así, desde la perspectiva clásica no sería un derecho real, en cuanto no otorga a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa.

En la doctrina moderna española se introdujo la categoría de los llamados derechos reales de adquisición, los cuales responden a las características propias de los derechos subjetivos que recaen sobre cosas, obtienen regulación legal y son oponibles erga omnes, y cuya eficacia radica en conferir a su titular la facultad de convertirse en propietario del bien objeto del derecho de retracto. Es por tanto un derecho real de adquisición preferente en el que concurren todas las notas que permiten calificarlo con tal. Así, la inherencia del derecho a la cosa viene manifestada en la reipersecutoriedad inmanente a todo derecho real y tiene una manifestación plena en el derecho configurado del art. 95 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, por cuanto su titular puede ejercitarlo frente a cualquiera que haya sido adjudicatario de los bienes sobre los que el derecho recae en el proceso de ejecución patrimonial de los mismos.

²⁷ JOSE MANUEL BUSTO LAGO Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, tomo XXXII, volumen I, página 324.

V. Aspectos procesales.

5.1 Jurisdicción.

La jurisdicción constituye una potestad del Estado, atributo de la soberanía y dimanante de ella, y esta potestad comprende tanto la emisión del juicio jurisdiccional como la ejecución de lo Juzgado, y se actúa exclusivamente por los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes y según las normas de competencia²⁸. Por tanto, la Ley de Derecho Civil de Galicia no regula dicha jurisdicción, sino que simplemente dice que el órgano que hizo la adjudicación notificará al deudor dentro del tercer día la resolución de la adjudicación para iniciar el cómputo del plazo, por lo que la jurisdicción declarativa corresponde a la civil (artículo 22 de LOPJ).

5.2.- Competencia.

La distribución de asuntos entre los tribunales se efectúa en base a determinados criterios que sirven para identificar el órgano jurisdiccional que debe conocer un asunto concreto. Estos criterios son el objetivo, territorial o funcional.

El criterio objetivo se concreta de dos maneras distintas y a veces complementarias, por razón de la materia y por razón de la cuantía²⁹.

El siguiente criterio es el territorial, toda vez que al existir tribunales de la misma categoría y por tanto jerárquicamente iguales, se precisa de normas para distribuir los asuntos entre ellos, no siendo una cuestión de exclusividad sino de preferencia.

El tercer criterio es el funcional, que deriva de un aprovechamiento integral de la organización administrativa de la justicia, determina la competencia atribuida a un tribunal concreto en virtud de la posición que ocupa respecto de otro tribunal en el aspecto organizativo³⁰.

En base a estas premisas, en el ejercicio de la acción de retracto la Ley de Derecho Civil de Galicia no dice nada sobre esta materia, simplemente habla del órgano que efectuó la adjudicación, debiendo estar por ello a las normas establecidas en NLEC, de modo que la competencia objetiva viene determinada en el artículo 45 de dicha norma procesal a los Juzgados de Primera Instancia a los que se atribuyen todos los asuntos civiles que no se hallan atribuido a otros tribunales, atribuyendo únicamente en su artículo 47 la competencia a los Juzgados de Paz respecto de los asuntos civiles que consisten en las reclamaciones de cantidad que no superen las 15.000 pesetas (90 euros).

²⁸ Derecho procesal, proceso civil. Moreno Catena y otros, edt. Tirán le Blanch, Pág. 23.

²⁹ Ramos Méndez F, Derecho Procesal Civil, edit. Bosch, Pág. 159.

³⁰ Ramos Méndez F. Obra citada, Pág. 160.

En cuanto a la competencia funcional, la NLEC en su artículo 61, establece que salvo disposición legal en otro sentido, el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito lo tendrá también para resolver los incidentes.

Por tanto, al entablar una demanda de retracto de graciosa deberemos acudir a las normas de competencia territorial entre los distintos juzgados de primera instancia (competencia objetiva), toda vez que no se puede considerar como un incidente el proceso ordinario de retracto legal de graciosa, teniendo en cuenta además la naturaleza del bien objeto del mismo, toda vez que el objeto del retracto es un bien que forma parte de una explotación agrícola, (artículo 95 de la NLDCG), por lo que estaremos ante la competencia territorial en base a la naturaleza del bien objeto de la demanda. Para MIGUEL ANGEL SALDAÑA HERNÁNDEZ³¹ el artículo 54 establece el carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial, pero se disponen también las excepciones a esta regla general de la disposición de la competencia territorial, y podemos comprobar que tales excepciones representan en número una cifra superior a la constituida por la regla general de la disponibilidad. Por ello, cuando el bien objeto de retracto de graciosa sea un bien inmueble, en este caso será competente territorialmente el Juzgado del lugar donde radique la finca litigiosa (art. 52.1.1º ó 7) y si tiene por objeto varias fincas o una pero que estén situadas en varios partidos judiciales, será competente cualquiera de estos tribunales a elección del demandante. Y cuando el retracto de graciosa tenga por objeto un bien mueble, habrá que acudir a los fueros generales de las personas físicas o jurídicas, es decir, al domicilio del demandado.

5.3.-Legitimación.

El concepto de legitimación alude a una especial condición o vinculación de uno o varios sujetos con un objeto litigioso determinado que les habilita para comparecer o exigir su comparecencia, individualmente o junto a otros, en un proceso concreto con el fin de obtener una sentencia de fondo³². De conformidad con el artículo 10.1 de la NLEC, serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso, existiendo por tanto una legitimación activa y otra pasiva.

El artículo 95 de nueva ley de Derecho Civil de Galicia legitima activamente para el ejercicio del retracto de graciosa al deudor ejecutado que tuviese la condición de profesional de la agricultura, pero dicha norma autonómica no define al profesional de la agricultura, (al igual que ocurría en la antigua Ley de Derecho Civil de Galicia), por lo que hay que tener en cuenta la sentencia del tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de febrero del 2000³³, uno de cuyos motivos de casación aludía al concepto legal de profesional de la agricultura, y donde dicha sentencia aplicaba a falta de una definición en la Ley gallega,

³¹ El juicio especial de retracto: art. 249.1, 1-7 de la LEC 1/2000. Boletín Noticias Jurídicas, Diciembre 2004.

³² Moreno Catena obra citada, Pág. 79.

³³ Sala de lo Civil y Penal sección primera, ponente el Ilmo. Sr. D. Juan José Reigosa González Id. Cendoj: 15030310012000100075.

lo dispuesto en el art. 15 de la Ley 83/80 de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, la cual, de conformidad con la redacción dada al mismo por la Ley 19/95 de 4 de julio de Modernización de las Explotaciones Agrarias, dispone que: "*Se entiende por profesional de la agricultura a los efectos de esta ley:*

a.- La persona mayor de edad o emancipada que se dedique o vaya a dedicarse a actividades de carácter agrario y se ocupe de manera efectiva y directa de la explotación, como agricultor profesional, de acuerdo con lo establecido en el art. 2 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias.

b.- Las sociedades cooperativas agrarias de explotación comunitaria de la tierra o de trabajo asociado dentro de la actividad agraria.

c.- Las sociedades agrarias de transformación u otras sociedades civiles, laborales y otras mercantiles, que en caso de que sean anónimas sus acciones deberán ser nominativas y tengan por objeto exclusivo, conforme a sus estatutos, el ejercicio de la actividad agraria.

d.- Las entidades u organismos de las Administraciones públicas que estén facultados conforme a sus normas reguladoras para la explotación o subarriendo de fincas rústicas".

Para precisar más el concepto de agricultor profesional, la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias 19/1995 de 4 de Julio, en su artículo 2 apartado quinto define al agricultor profesional como la persona física que siendo titular de una explotación agraria, al menos el 50% de su renta total la obtenga de actividades agrarias y otras actividades complementarias, siempre y cuando la parte de renta procedente directamente de la actividad agraria realizada en su explotación no sea inferior al 25% de su renta total y el tiempo de trabajo dedicado a actividades agrarias o complementarias sea superior a la mitad de su tiempo de trabajo total.

Asimismo la citada sentencia recogía la distinción que el Tribunal Supremo había efectuado entre profesional de la agricultura y cultivador personal a los efectos de acceso a la propiedad, al señalar que la nota diferencial radicaba en la exclusividad para el cultivador personal y la simple preferencia para el profesional. Recientemente el Tribunal Supremo³⁴ ha mantenido como criterio diferencial que el cultivador personal lo es cuando las labores agrícolas las realiza personalmente o ayudado por los miembros de su familia sin emplear asalariados, salvo en determinadas épocas del año en que por necesidades laborales se requiera temporalmente más mano de obra, que en todo caso, aún en el supuesto de que haga temporalmente de asalariado, será considerado profesional de la agricultura. En cambio, la denominación de profesional de la agricultura se presenta como más restringida, en cuanto se refiere a quien de modo preferente se dedique a actividades de carácter agrario y

³⁴ Sentencia de fecha 20 de septiembre de 2006, Sala de lo civil, sección primera Ponente el Ilmo. Sr. D. Pedro González Poveda. Id. Cendoj: 28079110012006100856.

se ocupe de manera efectiva y directa de la explotación. Finaliza dicha sentencia del Tribunal Superior de Justicia diciendo que *el cultivador personal y, por tanto, profesional de la agricultura en sentido legal, no puede ser quien en el tiempo libre que le deja su jornada industrial de mañana y tarde, se ocupa de actividades agrarias.*

En la actualidad, el artículo 9, en su redacción dada por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, define como³⁵ agricultor profesional a *quien obtenga unos ingresos brutos anuales procedentes de la actividad agraria superiores al duplo del Indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) establecido en el Real Decreto Ley 3/2004 de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del Salario Mínimo Interprofesional y para el incremento de su cuantía, y cuya dedicación directa y personal a esas actividades suponga, al menos, el 25 por cien de su tiempo de trabajo.*

La legitimación pasiva, que es la atribuida al titular de una obligación o deber la otorga la Ley de Derecho Civil de Galicia al adjudicatario de los bienes que forman parte de una explotación agraria.

5.4.- Procedimiento.

La NLDCG al igual que su antecesora, no regula el trámite procesal para ejercer el derecho de retracto, toda vez que la materia procesal es competencia exclusiva del estado. Sin perjuicio de ello, cabe mencionar la doctrina del Tribunal Constitucional en sentencias 121/92 y 182/92 de 28 de septiembre y de 16 de noviembre respectivamente, y en las 88/93 y 156/93 de 12 de marzo y 6 de mayo, conforme a la cual la Constitución Española, al emplear la noción “desarrollo” del propio derecho civil en el artículo 149.18, permite que los derechos civiles, forales o especiales preexistentes a la entrada en vigor de la Constitución de 1978 puedan ser objeto de una acción legislativa que haga posible un crecimiento orgánico, reconociendo así la norma fundamental, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro de tales Ordenamientos preconstitucionales. Cabe por tanto que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral. Y en esta línea se enmarca la sentencia 182/92, de 16 de noviembre, sobre la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de arrendamientos rústicos, en relación con el artículo 27.4 del Estatuto de Autonomía de Galicia.

La doctrina del Tribunal Constitucional se resume en la competencia sobre el desarrollo del propio de derecho civil, lo que le permite al legislador autonómico legislar sobre nuevas materias o instituciones, pero no de manera ilimitada, sino que ese desarrollo del derecho civil adjetivado como especial o foral habrá de aplicarse únicamente a instituciones o materias conexas con las ya reguladas, y siempre que responda a una actualización acorde con sus principios generales o principios inspiradores.

³⁵ BOE núm. 287, de uno de diciembre de 2005.

El retracto de graciosa es un retracto legal, y el procedimiento a seguir para ejercitar la acción es el contemplado en el artículo 249.1-7 de la NLEC, que incluye en el ámbito del Juicio Ordinario, las acciones, *cualquiera que sea su cuantía, que ejerciten una acción de retracto de cualquier tipo.*

5.5 Postulación.

Que al establecer la Ley de Enjuiciamiento Civil que el ejercicio de cualquier acción de retracto, independientemente de la cuantía del asunto, se tramitará por las normas del juicio declarativo ordinario, hace preceptiva la intervención de letrado y procurador legalmente habilitado. Así lo dispone en cuanto al letrado el artículo 31 de la NLEC, que establece que los litigantes serán dirigidos por abogados habilitados para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del asunto, y que podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma de abogado. Se exceptúan solamente:

1º. Los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 900 euros y la petición inicial de los procedimientos monitorios conforme a lo previsto en esta Ley.

2º. Los escritos que tengan por objeto personarse en juicio, solicitar medidas urgentes con anterioridad al juicio o pedir la suspensión urgente de vistas o actuaciones.

3º Cuando la suspensión de vistas o actuaciones que se pretenda se funde en causas que se refieran especialmente al abogado también deberá éste firmar el escrito, si fuera posible.

Y en lo referente al procurador, el artículo 23 NLEC, establece que *la comparecencia en juicio será por medio de Procurador, que habrá de ser licenciado en Derecho, legalmente habilitado para actuar en el Tribunal que conozca del juicio*, con las excepciones siguientes.

1º En el juicio verbal de cuantía inferior a 900 euros y para la petición inicial del proceso monitorio.

2º En los juicios universales cuando se limite la comparecencia a la presentación de títulos de crédito o derechos, o para concurrir a Juntas.

3º Finalmente en los incidentes relativos a impugnación de resoluciones en materia de asistencia jurídica gratuita y cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio.

5.6. Demanda.

El primer acto que el deudor ejecutado efectúa para el ejercicio de la acción de retracto es la presentación del escrito, que debe tener forma de demanda mixta o compleja no olvidemos que la NLEC establece las clases de demanda dependiendo el tipo de procedi-

miento, así, al ejercitarse la acción en un proceso declarativo ordinario puede ser pura o simple, demanda tipo del juicio verbal³⁶, o mixta o compleja del procedimiento ordinario³⁷.

A continuación veremos los requisitos formales, los cuales vienen recogidos en el artículo 399 NLEC, que establece que en dicha demanda se hará constar lo siguiente:

a.- En relación a las partes procesales, los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados. Junto a la designación del actor se hará mención del nombre y apellidos del procurador y del abogado cuando intervengan.

b.- Forma de la demanda, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida.

Los hechos se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar. Con igual orden y claridad se expresarán los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamentan las pretensiones y, finalmente, se formularán valoraciones o razonamientos sobre éstos si parecen convenientes para el derecho del litigante.

En los fundamentos de derecho, además de los que se refieran al asunto de fondo planteado, se incluirán con la adecuada separación las alegaciones que procedan sobre capacidad de las partes, representación de ellas o del procurador, jurisdicción, competencia y clase de juicio en que se deba sustanciar la demanda, así como sobre cualesquiera otros hechos de los que pueda depender la validez del juicio y la procedencia de una sentencia sobre el fondo.

En la petición, cuando sean varios los pronunciamientos judiciales que se pretendan, se expresarán con la debida separación. Las peticiones formuladas subsidiariamente, para el caso de que las principales fuesen desestimadas, se harán constar por su orden y separadamente.

El citado artículo no menciona sin embargo la necesidad de que el actor exprese en la demanda la cuantía de la pretensión, pero como muy bien apunta DAMIÁN MORENO³⁸, va implícito en el propio precepto tal como exige el artículo 253, por ser una circunstancia que puede en algunos casos ser causa de inadmisión de la demanda de conformidad con el artículo 254.4 de la NLEC si la demanda se limitare a indicar sin más la clase de juicio que corresponde, o apreciarse de oficio que la cuantía fijada es incorrecta. No olvidemos que el artículo 97 de la Ley de Derecho Civil de Galicia establece que si el precio obtenido en el procedimiento no llegara para cubrir la totalidad de la deuda y demás cantidades incluidas en la ejecución, el deudor, además del precio y gastos legítimos, habrá de abonar la dife-

³⁶ En los juicios verbales de reclamación de cantidad son tres las opciones: la demanda sucinta: Art. 437, la demanda compleja o mixta del juicio ordinario: 443.1 y la en impresos normalizados del Art. 443.2.

³⁷ Aragoneses Martínez Sara, Los procesos declarativos, Edit La ley Pág. 117.

³⁸ En la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil tomo II, página 31, editorial Tecnos.

rencia en la cuantía necesaria para que el acreedor ejecutante vea totalmente satisfecho su crédito y las cantidades reclamadas. Por tanto, la cuantificación de la demanda podrá ser indeterminada a espera de la cuantificación de dichos gastos legítimos, pues puede ocurrir que no se haya efectuado en la ejecución, en cuyo caso, no sería de aplicación el citado artículo.

5.7.- El objeto de la demanda.

La sustanciación de un proceso necesita previamente que el objeto esté determinado, y le compete al demandante³⁹ fijar cual es el objeto del proceso, objeto que se compone del petitum y de la causa petendi. El primero de ellos es la concreta tutela que se pide y tiene dos aspectos diversos, el inmediato, en que la demanda se dirige al juez al que se pide una resolución, y el mediato, en que la demanda se dirige contra el demandado frente al que se pide un determinado bien de la vida⁴⁰. El segundo de ellos es el fundamento o razón en el que el actor basa su petición. En el ejercicio de la acción de retracto el objeto no puede ser otra cosa que retraer los bienes adjudicados que pertenezcan a una explotación agrícola .

5.8.- Documentos.

Con la demanda deben ir acompañados los documentos, y como en cualquier tipo de demanda éstos serían los generales del juicio ordinario y los específicos del retracto.

Los primeros son los documentos que establecen los artículos 264 y 265 de la NLEC, que en el ejercicio de la acción solamente serán los del artículo 264, es decir que son los documentos procesales :

1) El poder notarial conferido al procurador siempre que éste intervenga y la representación no se otorgue "apud acta", si el rectificante comparece con representación procesal y

2) Los documentos que acrediten la representación que el litigante se atribuya en los casos en que el perjudicado aludido intervenga mediante un representante.

En cuanto a los segundos el artículo 266.3 establece que cuando se trate de una demanda de retracto, habrán de acompañarse a la demanda los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funden las demandas de retracto. Por tanto, como bien dice el profesor LORCA NAVARRETE, no se prevé otro supuesto distinto que el acompañarlos con la demanda, justificado en el ámbito funcional especial que sustenta el proceso declarativo al que el documento sirve en razón de su especialidad⁴¹.

En cuanto a la consignación del precio exigida por ley, el documento que acredite haber consignado, si fuere conocido, el precio de la cosa objeto de retracto, o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociere.

³⁹ Ver Gutiérrez Goñi en obra citada Págs. 390 a 397.

⁴⁰ Tapia Fernández. El objeto del proceso alegaciones ,sentencia y cosa juzgada, la Ley Pág. 20

⁴¹ Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento civil Tomo II, página 1723.

Por tanto deberán acompañarse los siguientes documentos teniendo en cuenta la NLEC y los artículos 95 a 98 de la Nueva Ley de Derecho Civil de Galicia:

1) Documento acreditativo de la condición de profesional de la agricultura, como puede ser la cotización a la seguridad social en el régimen especial de la agraria, la declaración del impuesto de patrimonio y renta, etc.

2) Copia de la resolución judicial o administrativa de adjudicación del bien subastado, así como copia de la notificación de dicha resolución.

3) Documento que acredite la titularidad del bien adjudicado, así como la pertenencia a la explotación agrícola del actor.

4) Copia del resguardo de haber pagado el precio y gasto de legítimo abono según establece el artículo 96 de la citada ley. La redacción dada a este artículo supone que en el retracto de graciosa se procederá una vez pagada la cantidad reclamada en la ejecución o vía de apremio, o si no se conociere, caución que garantice la consignación en cuanto al precio, que podría ser aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca. No olvidemos que como viene estableciendo el Tribunal Constitucional⁴², en las demandas de retracto, su admisión a trámite o en su caso, su posterior tramitación, exigen el requisito procesal de que el demandante efectúe la consignación del precio de la transmisión de la que nace el derecho de retracto, si es conocido o, si no lo fuere, que dé fianza de consignarlo. La exigencia de consignación "se erige en un requisito estrictamente procesal para la admisión y tramitación de las demandas de retracto, cuya finalidad es impedir el planteamiento y la sustanciación del juicio de retracto por quienes carezcan de la capacidad económica suficiente para subrogarse o colocarse en la posición que ostenta el adquirente en la transmisión onerosa de la que nace el derecho de retracto, al no poder satisfacer el precio o la contraprestación necesaria para el ejercicio de este derecho de adquisición preferente".

En la práctica judicial, la consignación se efectúa en la cuenta de consignaciones y depósitos del juzgado, ocurriendo que si se presenta en el Juzgado Decano, hasta su reparto no se conocía el número de autos, lo que dificultaba sensiblemente su ingreso en la cuenta de consignación, y toda vez que el plazo es preclusivo, para salvaguardar el derecho de la parte, el artículo 9 del Real Decreto que regula los depósitos y consignaciones judiciales⁴³, establece que los ingresos que deban realizarse sin existencia previa de un expediente judicial se efectuarán en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Juzgado Decano o, en su caso, del Servicio Común Procesal correspondiente, en la cuenta expediente que a tal efecto se indique por el Secretario Judicial o personal de estas oficinas judiciales y, en cualquier caso, por la entidad de crédito adjudicataria. Y continúa el citado Real Decreto indicando que en los ingresos previos o coetáneos a la presentación de la demanda o escrito que

⁴² STC 327/2005 de 12 de diciembre de 2005.

⁴³ Real Decreto 467/2006, de 21 de abril, por el que se regulan los depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores. BOE de 12 mayo 2006.

inicie el expediente judicial, se acompañará a dicha demanda el resguardo de ingreso o justificante del mismo para que sea reclamado por el Secretario judicial competente al secretario del Decanato o, en su caso, del Servicio Común Procesal correspondiente, comunicándole el código completo de la cuenta expediente a la que ha de efectuar la transferencia.

5.9.- El plazo para ejercitar la acción de retracto: cómputo del plazo

El artículo 95 de la NLDCG, establece que desde el momento de notificación al deudor del auto de adjudicación, (que se efectuará dentro del tercer día y de oficio por parte del órgano que hizo la adjudicación), se iniciará el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de retracto. Para el cómputo del plazo hay que tener en cuenta dos cuestiones, la primera de ellas relativa a los días que deben ser hábiles. Así, de conformidad con la LOPJ, artículo 182, son inhábiles a efectos procesales los sábados, domingos, los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o local⁴⁴. Por lo tanto en el cómputo de los días, habrá que descontar los inhábiles. En cuanto al cómputo inicial del acto, comenzará al día siguiente de recibir la notificación el ejecutado profesional de la agricultura en virtud del artículo 133, y se incluirá en él el día del vencimiento que expirará a las veinticuatro horas. De este modo en el cómputo final se plantea la segunda cuestión que nace con la entrada en vigor de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual establece en el artículo 135.1 que cuando la presentación de un escrito esté sujeta a plazo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del mismo en la Secretaría del Tribunal, o, de existir, en la oficina o servicio de registro central que se haya establecido. La aplicación de dicho artículo al plazo procesal debe ser admitida, y por tanto el plazo será hasta el día treinta y uno a las quince horas. Y ello porque efectuando una interpretación conjunta del número 1 del artículo 135 ya citado y del número 2 del mismo artículo conforme al cual «En las actuaciones ante los tribunales civiles, no se admitirá la presentación de escritos en el Juzgado que preste el servicio de guardia», parece un tanto forzada la interpretación que obliga, a quien pretenda presentar una demanda después de las quince horas del último día hábil del plazo legalmente fijado, a acudir al Juzgado de guardia para que éste inadmita dicha presentación y le expida una certificación expresiva de su intento como requisito indispensable para poder admitir que la demanda presentada antes de las quince horas del día siguiente se encuentra dentro de plazo; no parece pues que esta conclusión pueda obtenerse de los citados números del artículo 135. Por su parte, el artículo 41 del Reglamento de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, además de que por su rango no puede derogar el régimen legal, tampoco contempla el intento de presentación ante el Juzgado de guardia como requisito o carga para poder prorrogar el plazo de presentación de la demanda hasta las quince horas del siguiente día hábil, pues lo único que establece es que los Juzgados de Instrucción en funciones de guardia, cuando en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 135.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no admitan la presentación de un escrito, vendrán

⁴⁴ LOPJ fue modificado por la Ley Orgánica 19/03 de diciembre de 2003.

obligados a entregar al presentador del mismo, a solicitud de éste, una certificación acreditativa del intento de presentación, con mención del escrito, del órgano y del procedimiento a que se refiere y de la no admisión del mismo en el Juzgado de Guardia en aplicación del citado precepto legal.

5.10.- Lugar de presentación y copias.

El lugar de presentación será en el Decanato de los Juzgados para proceder al reparto de las demandas, de conformidad con el Reglamento 5/1995 de siete de junio, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, o en la oficina de servicio de registro central, y en virtud del Art. 135.2 de la NLEC ya mencionado, no se admitirá la presentación de escritos en el Juzgado que preste el servicio de guardia, debiendo expedirse por dicho juzgado de Guardia certificación acreditativa de su intento y la devolución de la demanda según establece el artículo 41 del citado Reglamento en su redacción dada por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 21-3-01. Con la demanda se presentarán tantas copias literales como partes haya, (artículo 273 de la NLEC), que deberán ir firmadas por el Procurador y letrado (artículo 31).

VI.-Novedades de la nueva ley de derecho civil de Galicia 2/2006 de 14 de junio de 2006.

El retracto de graciosa, en la antigua Ley lo componía un artículo el 34 ubicado en el título IV entre los derechos reales y los contratos. En la nueva Ley está ubicado dentro del título IV entre los derechos reales y antes de los contratos, pues no olvidemos que se configura como un derecho real de adquisición preferente. El desarrollo normativo está compuesto por cuatro artículos desde el 96 al 98, ambos inclusive. En el Inter. Parlamentario no fue modificado ningún aspecto del retracto de graciosa. Así, del borrador presentado por la Comisión Superior para o Estudio do Desenvolvemento do Dereito Civil Galego presentado al Conselleiro de Xustiza, Interior e Relacions Laborais D. Antonio Pillado Montero en el mes de abril de 2001, las novedades más significativas fueron las siguientes :

6. 1.- Plazo para ejercitar la acción de retracto: treinta días hábiles.

El plazo para el ejercicio del retracto viene recogido en el artículo 95 de la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia y es de treinta días hábiles, contados a partir de la notificación del auto de la adjudicación, y es una obligación que recae sobre el órgano que hizo la adjudicación, al establecer el legislador en el texto legal, *que dicho órgano notificará dentro del tercer día*, y desde este momento se iniciaría el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción retractual.

El precedente histórico era de 30 años, excesivo para la realidad moderna actual y la tendencia creciente de protección a los acreedores en el derecho patrimonial actual, así como por la incertidumbre que dicho plazo provocaría.

Para la profesora ISABEL ESPÍN ALBA⁴⁵, el plazo de treinta años se justificaba por el marcado empobrecimiento de la población rural gallega. Si a un campesino que no tenía más bienes que su casa entendida en el sentido de explotación familiar agraria se le concedía un plazo corto de días o meses, difícilmente podría reunir el dinero necesario para hacerse cargo del valor de subasta de la finca, de modo que muchas veces sólo la emigración le podría permitir reunir el dinero necesario para recuperar la casa.

La antigua LDCG, en su artículo 34, establecía el plazo de 30 días, lo cual originó una discusión doctrinal sobre la naturaleza del plazo. La postura mayoritaria entendía que el plazo era procesal, y en tal sentido el profesor REBOLLEDO VARELA⁴⁶ entendía que era 30 días hábiles. En la misma línea de plazo procesal se encuentra el profesor ANTONIO DIAZ FUENTES⁴⁷, considerando que el retracto de graciosa es el ejercicio de una acción procesal como consecuencia de un procedimiento en curso a partir de una diligencia practicada en él, inclinándose por no contar los días en que no podrían tener lugar actuaciones judiciales.

Por otro lado, entre los que entendían que era un plazo sustantivo y de caducidad se encontraba PABLO MOURE MARIÑO⁴⁸, al estimar que era un retracto legal. En misma dirección el profesor BUSTO LAGO⁴⁹ establecía que era un plazo sustantivo y no procesal en base a la sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 1994. No obstante el citado profesor, en un artículo doctrinal publicado en abril del 2003⁵⁰, se decantó por un plazo procesal de 30 días, toda vez que la naturaleza civil del retracto no puede hacer obviar que el ejercicio del derecho que concede sólo puede tener lugar en el seno de un procedimiento de ejecución patrimonial, y ello teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional admitiendo la posibilidad de regular materias de derecho procesal derivadas del derecho civil propio.

La doctrinal jurisprudencial se decantó por un plazo procesal. Así en sentencia de 11 de mayo de 2005, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia⁵¹, al entender que la doctrina jurisprudencial elaborada frente a los retractos legales regulados en el Código Civil y con respecto al plazo establecido en el artículo 1524 de dicho cuerpo legal *no aparenta ser de pacífica aplicación al retracto de graciosa contemplado en el artí-*

⁴⁵ Manual de Derecho Civil Gallego, capítulo VIII, página 101, editorial COLEX.

⁴⁶ Derechos reales, servidumbres de paso, serventía y el retracto de graciosa en la ley 4/95, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia. Pág. 181 en el libro Derecho Civil Gallego, editorial C.G.P.J. y Xunta de Galicia Madrid 1996.

⁴⁷ Dereito Civil de Galicia, Comentarios a la Lei 4/1995, Cuaderno de Área de Ciencias Xurídicas, editorial De Castro Grupo Sagardelos. Pág. 140.

⁴⁸ Comentarios a la Lei 4/1995 do 24 de Maio, libro del Parlamento de Galicia. Página 179.

⁴⁹ Obra citada página 355.

⁵⁰ La Ley Galicia, suplemento de abril de 2003, artículo doctrinal Cómputo del plazo para el ejercicio de Derecho de Retracto de graciosa en el derecho civil propio de Galicia página 1 a 4.

⁵¹ Ponente el Ilmo. Sr. D. Juan José Reigosa González, Id. Cendoj: 15030310012005100010.

culo 34 de la LDCG como reflejo de una institución histórica doctrinalmente considerada como privilegia rusticorum, y que la Real Audiencia de Galicia, ya con anterioridad a la LEC de 1881, la concebía con la doble ficción de que la adjudicación en la subasta judicial se efectuaba en concepto de prenda judicial, recobrable en cualquier tiempo en que el deudor abonare el importe de su deuda, o a lo sumo en un plazo de treinta años, juntamente con la de que el deudor conservaba la posesión mediata de esos bienes retraibles. Si por aplicación de aquella doctrina civil común podría, a priori, sustentarse la tesis de que por tratarse de un plazo de caducidad establecido en un norma civil debería incluirse en su cómputo los días inhábiles en aplicación de lo previsto en el artículo 5 del Código Civil, la cuestión ofrece otra alternativa interpretativa en este caso, atendiendo tanto a la especial naturaleza del retracto de graciosa como a la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo antes citada en cuanto establece que "para que un término pueda calificarse de procesal o judicial, es preciso que tenga por punto de partida una actuación de igual clase, como una notificación, una citación o un emplazamiento".

Y continua en el fundamento jurídico segundo indicando que hay una profunda diferencia entre los *retractos de colindantes y comuneros, regulados en el Código Civil, y el de graciosa de la ley gallega, en cuanto este último parte siempre de un proceso de ejecución patrimonial forzosa y lo pretendido es otorgar una protección o beneficio al agricultor para la conservación de sus bienes, que podrá conseguir si en determinado plazo obtiene el crédito necesario para ello. Plazo, cuyo inicio, precisamente parte de la obligada notificación de la adjudicación recaída en tal procedimiento de ejecución.* Asimismo destaca dicha sentencia el interés prevaleciente que no es otro que *el principio de conservación de los bienes en poder del agricultor, y no precisamente el derecho de adquisición preferente, con limitación de la libre disposición, propio de otro tipo de retractos. Sólo por ello, en caso de duda, y a la vista de lo apuntado, la opción debe resolverse en pro de un plazo procesal que mejor garantiza la interposición de la correspondiente demanda en tiempo hábil.*

En la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia se ha incluido la palabra "hábiles", dando así razón a los que entendían que era un plazo procesal.

6.2.-El objeto del retracto: bienes que forman parte de una explotación agraria.

El antiguo artículo 34 mencionaba como objeto del retracto a los bienes de naturaleza agraria, lo que ha sido definido más correctamente en la nueva Ley en su artículo 95, al establecer "que formen parte de una explotación agraria, con independencia de su naturaleza". Con la anterior Ley de Derecho Civil de Galicia por parte de la doctrina se planteó qué tipo de bienes eran estos. Así para REBOLLEDO VARELA⁵², sólo contempla los bienes de naturaleza agraria concepto que aunque parecer excluir tajantemente todo bien inmueble que constituya suelo urbano o suelo urbanizable programado, no se identifica exactamente con rústico, sino que el bien inmueble forme parte de una explotación agraria sin

⁵² Obra citada, página 363.

perjuicio de que comprenda también bienes muebles y semovientes. En la misma línea DIAZ FUENTES⁵³, que admite más que la naturaleza del bien, su destino agrario incluyendo bienes muebles como la maquinaria agrícola. El carácter de la naturaleza del bien también es compartida por MOURE MARIÑO⁵⁴, que no distingue entre muebles, semovientes o inmuebles. Para el profesor BUSTO LAGO⁵⁵ no es necesario acudir a los conceptos propios de las normas administrativas o de urbanismo, ni a las clasificaciones administrativas de los distintos tipos de suelos, sino que el criterio que ha de utilizarse de acuerdo con la finalidad de la institución, es que formen parte de una explotación agrícola o ganadera y su destino sea de este tipo, de forma que el titular ejecutado de los mismos los viniese aprovechando con esta finalidad y formando parte de la explotación comprendiendo en todo caso aquéllos a los que se refiere el nº 5 del artículo 334 del Código civil, es decir "*Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma*".

EL profesor ANDRÉS DOMINGUEZ LUELMO⁵⁶, a la hora de analizar el tipo de bienes que pueden integrar la explotación agraria en la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias, manifiesta que la citada Ley incluye todos los inmuebles de naturaleza rústica y cualesquiera otros que sean objeto de aprovechamiento agrario permanente, y en tal sentido enumera como elementos integrantes de las explotaciones agrarias, "*los bienes inmuebles de naturaleza rústica y cualesquiera otros que son objeto de aprovechamiento agrario permanente, la vivienda con dependencias agrarias, las construcciones e instalaciones agrarias, incluso de naturaleza industrial, los ganados, máquinas y aperos integrados en la explotación y afectados a la misma, cuyo aprovechamiento y utilización correspondan a su titular en régimen de propiedad, arrendamiento, derechos de uso y disfrute e incluso por mera tolerancia de su dueño*"⁵⁷.

Sirven estas dos últimas referencias legislativas como ejemplo de bienes que pertenecen a una explotación agrícola.

6.3.- La consagración del principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor.

La nueva ley introduce respecto de la anterior, cuatro novedades relacionadas con el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, que se pueden agrupar en dos:

⁵³ Obra citada, página 140.

⁵⁴ Obra citada, página 178.

⁵⁵ La revista de derecho privado Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, TOMO XXXII VOL 1 Pág. 351, editorial Editoriales de derecho reunidas.

⁵⁶ Tanteo y retracto de colindantes en la Ley 19/1995 de Modernización de las Explotaciones Agrarias editorial la Ley, página 65.

⁵⁷ Artículo 2, apartado 3 de la Ley 19/1995 de Modernización de las Explotaciones Agrarias, BOE 159/1995, publicado el día 5 de julio de 1995.

La primera de ellas es la supresión del adverbio “definitivamente” y la introducción del artículo 98 que establece que *los bienes retraídos podrán ser objeto de nuevo embargo y ejecución*. En la antigua Ley de Derecho Civil de Galicia, se establecía que “podrá retraer definitivamente los bienes adjudicados” y por tanto se planteó la duda si podrían ser objeto de nuevo embargo y ejecución, mientras que en la nueva Ley ha sido suprimido el adverbio “definitivamente”. En el Inter. parlamentario de la antigua Ley 4/95, el Grupo parlamentario del Bloque Nacionalista Gallego⁵⁸ presentó dos enmiendas, una de las cuales era la supresión del citado adverbio, enmienda que no prosperó. En la actual Ley nunca figuró el adverbio “definitivamente” en ninguno de los borradores, toda vez que el borrador de la Comisión Superior para o Estudio do desenvolvemento do Dereito Civil Galego tuvo en consideración la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de fecha del 27 de enero de 1999, que compatibilizaba el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor y el retracto de graciosa. El principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor consagrado en el art. 1.911 del Código Civil, conlleva la garantía para sus acreedores de poder satisfacerse de su crédito en forma forzosa sobre sus bienes actuales y los que pueda adquirir en el futuro. La interpretación literal del art. 34 de la Ley de derecho Civil de Galicia conduciría a la conclusión de que, ejercitado con éxito el retracto de graciosa, los bienes sobre los que se ha ejercitado se retraen definitivamente. Esta expresión contenida en el precepto parece querer indicar que, en el supuesto de que la suma obtenida en la subasta judicial no sea suficiente para satisfacer el total del crédito, quedan fuera del alcance del acreedor ejecutante los bienes del deudor que hayan sido retraídos a su patrimonio. Esta interpretación supone que el art. 34 de la Ley de Derecho Civil de Galicia introduce una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor y abre una vía de fraude al cumplimiento de las obligaciones garantizado por el art. 1.157 del Código Civil. Así, el art. 6.4 del Código Civil establece que *los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*. Como es sabido, en la Teoría del Fraude de ley se establece que los actos deben realizarse al amparo del texto de una norma, y esa norma, llamada también ley de cobertura, tiene una finalidad que aparentemente es la que persigue el que ejecuta el acto. Se dice aparentemente, porque una de las características de la figura es la coincidencia externa entre el supuesto de hecho que después resulta fraudulento y el de la norma en que se busca amparo. De esta forma el art. 34 de la L.D.C.G. sería la norma de cobertura y los art. 1157 y 1911 del Código Civil las normas defraudadas. El problema del fraude de Ley queda resuelto en el sentido que establece el art. 6, al considerar que los actos que se consideren ejecutados en fraude de ley no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir. Así, para el profesor Busto Lago⁵⁹ la expresión

⁵⁸ JOSE MANUEL BUSTO LAGO, en obra citada, página 335.

⁵⁹ Revista Xurídica Galega número 22, 1º trimestre 1999, en el artículo Retracto de Graciosa y el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (a propósito de la STSJ de Galicia 27-1-1999, páginas 223 a 242.

“definitivamente” del art. 34 de la Ley de Derecho Civil de Galicia es correcta, pero interpretada en el sentido de que el acreedor podrá hacerse pago con los bienes que el deudor adquiera en el futuro y que no sean susceptibles de retracto de graciosa y no se podrán trabar sucesivos embargos sobre los mismos bienes. Para el profesor Rebolledo⁶⁰ la expresión “definitivamente” tiene su origen en una indebida por inadecuada recepción de la expresión importada por el legislador gallego de la Ley 415 de la Compilación Navarra de 1973, admitiendo desde una perspectiva puramente civil la posibilidad que dichos bienes puedan ser de nuevo embargados por la misma deuda.

La segunda se refiere al artículo 96 y el artículo 97. El primero de ellos establece que *para ejercitar el retracto de graciosa el deudor habrá de proceder al pago del precio y gastos de legítimo abono*, y en el artículo 97 *se establece que si el precio obtenido en el procedimiento no llegara para cubrir la totalidad de la deuda y demás cantidades incluidas en la ejecución, el deudor a, además del precio y gastos de legítimos, habrá de abonar la diferencia en la cuantía necesaria para que el acreedor ejecutante vea totalmente satisfecho su crédito y las cantidades reclamadas*.

Dicho artículo fue introducido en virtud de la sentencia de fecha 27 de enero de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia⁶¹, que resuelve en Casación sobre la procedencia del auto confirmado en apelación que acordó la devolución de la cantidad consignada en el juicio ejecutivo a favor del actor del mismo, así como que el deudor ejecutado consignase la cantidad correspondiente a las fincas que pretendía retraer. Asimismo, desestima el recurso interpuesto por el deudor retrayente, ya que para la Sala, en la resolución recurrida no se decidía sobre la procedencia del Retracto de graciosa, sino sobre la aplicación de las normas de responsabilidad patrimonial que no pueden quedar sin efecto, ya que ello supondría un claro fraude de ley, pues el dinero que se consignó correspondía al acreedor porque su deuda no estaba satisfecha. Así, en el fundamento Jurídico segundo, el magistrado ponente Sr. D. Juan José Reigosa González no admite las alegaciones del actor al establecer la excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor por ser un fraude de ley de norma básica sobre responsabilidad patrimonial y la del art. 1.157 del Código Civil y lo único que el precepto especial consigna (art. 34 L.D.C.G.) a los efectos discutidos, es que la retracción es definitiva, más no exime al deudor del abono al completo de sus deudas en tanto aparezca capital para ello, y una vez realizado aquél sí podrá retraer las fincas embargadas. La sentencia citada reseña cual es la finalidad de la ley, que como en todo retracto supone una limitación a la libertad de disposición del retraído, sin que los efectos puedan llegar tan lejos como el recurrente pretende en el sentido de dejar sin efecto la responsabilidad patrimonial consagrada en el Código Civil. Es interesante tener en cuenta el fundamento jurídico tercero de la mentada sentencia, al desestimar el motivo segundo del recurso de casación, en el que la parte actora alegaba la infracción del art.

⁶⁰ Los derechos reales en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, monografías Revista Xurídica Galega Pág. 364.

⁶¹ Ponente el Ilmo. Sr. D. Juan José Reigosa González Id. Cendoj: 15030310011999100014.

34 de la L.D.C.G. en relación con el art. 1618 de la LEC aplicado al compromiso de no enajenar (1628, 1629 y 1630 de la LEC), aduciendo que la consignación efectuada no es embargable ni alienable con independencia del derecho de retracto en cuya virtud y para cuyo ejercicio se verificó. Este motivo es rechazado al entender el Tribunal que lo que se examina en la sentencia recurrida no es el derecho del retracto, sino la aplicación de normas básicas sobre responsabilidad patrimonial que no pueden quedar sin efecto salvo incurrir en fraude de ley. Por tanto, el dinero consignado debe responder al acreedor, pero no por retraerse las fincas, sino porque tiene derecho a él de conformidad a lo previsto en los artículos 1.157 y 1911 del Código Civil, y en tanto su deuda no sea satisfecha al completo, el deudor no puede destinar su patrimonio a fines distintos de su primitiva obligación incumplida. Si la abona al completo, podrá entonces ejercitar ese derecho de retracto si todavía se encuentra en plazo.

Esta sentencia en su momento fue criticada por el Profesor Busto Lago⁶² por dos motivos:

1.- Al entender que defrauda la finalidad de la institución del retracto de graciosa, pues dicha sentencia implica para la aplicación de la norma, la necesidad de que el deudor ejecutado que quiera ejercitar el retracto de graciosa pague necesariamente la totalidad principal y costas del crédito no satisfecho que dio lugar a la ejecución patrimonial, y de esta forma el art. 34 de la L.D.C.G. estaría ampliando temporalmente en los casos en los que quepa ejercitar el retracto de graciosa, las posibilidades que al deudor ejecutado brindan los art. 1.446 y 1.498 de la LEC (En la actualidad artículos 585 y 586 de la NLEC) de acuerdo con los cuales el deudor puede enervar el embargo o librar sus bienes en cualquier momento del procedimiento de ejecución antes de que se apruebe el remate, pagando el principal y las costas.

2.- Por estimar que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia no se acomoda a la línea jurisprudencial de los órganos jurisdiccionales de otras CC.AA. en cuyo Derecho Civil propio existe una institución similar, como la sentencia de 25 de noviembre de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, la que es análoga a las adoptadas por el Tribunal Supremo en materia de retracto gentilicio en la que para poder admitir la demanda de retracto se exige la consignación efectiva como garantía del comprador, no bastando la promesa de consignar, sin que tal obligación se haga extensiva a los gastos, entre otras cosas porque normalmente el retrayente no conocerá su cuantía hasta que no se haga efectivo su derecho.

⁶² Revista Xurídica Galega número 22, 1º trimestre 1999, en el artículo Retracto de Graciosa y el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (a propósito de la STSJ de Galicia 27-1-1999, páginas 223 a 242.