

13

RECURSO DE CASACIÓN

INTERPUESTO POR

D. FERNANDO PÉREZ DEL PULGAR Y FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA
MARQUÉS DEL SALAR

CONTRA

LOS PRONUNCIAMIENTOS DESFAVORABLES EN LA SENTENCIA DICTADA POR LA SALA
DE LO CIVIL DE LA AUDIENCIA DE GRANADA

EN PLEITO CON LOS BANQUEROS

HIJOS DE RODRIGUEZ ACOSTA

SOBRE

RETROCESIÓN DE UNA FINCA Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES QUE ÉSTOS RECIBIERON

2119221

R. 30275

A LA SALA

Estudio
38
29(13)

D. Francisco Quintín Fernández, en nombre del Excmo. Sr. D. Fernando Pérez del Pulgar y Fernández de Córdoba, Marqués del Salar, interponiendo recurso de casación por infracción de ley contra la sentencia que la Audiencia de Granada pronunció el día 31 de Diciembre último en pleito entre mi representado y los Sres. D. José María, D. Miguel José y D. Manuel José Rodríguez de Palacios, sobre retrocesión de bienes vendidos por el primero á los segundos con el pacto de retro venta, como mejor proceda, digo: que las extensas proporciones de la sentencia recurrida, cuyo testimonio acompaño, no impedirán que este recurso sea breve y de los más sencillos que pueden presentarse ante el Tribunal. De las varias cuestiones que en el Juzgado y la Audiencia han discutido los litigantes, la más principal é importante era una mera cuestión de prueba, resuelta por la Sala sentenciadora conforme á los deseos del actor, y en mi sentir, de un modo inatacable: lo que ha de ser, pues, objeto del presente escrito, son accidentes ó episodios de la contienda, en que las apreciaciones jurídicas de la Sala, separándose de las del Juez inferior, resultan á nuestro juicio equivocadas. A demostrar por tanto estas equivocaciones se dirigirán nuestros esfuerzos, que espero no han de resultar inútiles.

La cuestión es la siguiente:

En 13 de marzo de 1872 otorgaron los actuales litigantes una escritura pública por la cual el Marqués del Salar vendió á los hermanos Rodríguez Palacios, en precio de 3.200.000 rs., los bienes que poseía en el pueblo de donde tomó su título, y que había heredado al fallecimiento de su padre. Fué condición de esta escritura que los Rodríguez retrovenderían aquellos bienes al Marqués del Salar, si en el plazo de dos años les entregaba el precio de la venta y el importe de las mejoras que hubieran hecho. Respecto al precio declaraba la escritura que los Rodríguez retendrían la can-

tividad de 511.746 pesetas 79 céntimos para recoger varios créditos y cancelar las hipotecas que por razón de ellos afectaban á las fincas vendidas, y que las 288.253 pesetas 21 céntimos restantes, habían sido recibidas por el Marqués del Salar, el cual lo confesó así con las fórmulas de estilo en tales casos. Los hermanos Rodríguez entraron desde luego en posesión de las fincas, y cuando les pareció conveniente hicieron constar en el Registro de la Propiedad que habían transcurrido los dos años de plazo sin que el Marqués hiciera uso de su derecho de retraer, con lo cual quedaba consolidado el dominio de los compradores.

En 13 de abril de 1881 recurrió el Marqués del Salar á los Tribunales formulando la demanda inicial del presente pleito, y sosteniendo las tres siguientes tesis: 1.^a Que el plazo de dos años concedido en la escritura para retraer las fincas, había sido indefinidamente prorrogado por los Rodríguez, y que éstos, por consiguiente, estaban obligados á otorgar la retroventa mediante la percepción del precio y el abono de las mejoras: 2.^a Que éstas no podían ser arbitrariamente fijadas por los compradores, sino estimadas por peritos, á menos que existiera conformidad entre las partes: 3.^a Que los Rodríguez debían rendir cuenta de las 288.253 pesetas 21 céntimos que en la escritura aparecen recibidas por el vendedor, y quedaron en la casa compradora consignadas en cuenta corriente á disposición de aquél.

La contestación de los demandados fué meramente negativa, y sostuvo las tesis contrarias, á saber: 1.^a Que no se había prorrogado el plazo de retro: 2.^a Que en cuestión de mejoras debía ser inatacable la relación sin justificantes de los Sres. Rodríguez: 3.^a Que contra la declaración hecha por el vendedor en la escritura, de haber recibido las 288.253 pesetas 21 céntimos, no había prueba, y menos después de dos años, conforme á las leyes 2.^a, título 7.^o, libro 2.^o del Fuero Real, 9.^a, título 1.^o, y 7.^a, título 13 de la Partida 5.^o

El Juez de 1.^a instancia se declaró de todo punto conforme con las pretensiones de la demanda, pero la Sala de lo Civil de la Audiencia de Granada no ha creído deber estimar más que la 1.^a, dejando las cosas en una gran oscuridad respecto á la 2.^a, y opinando en cuanto á la 3.^a, que la declaración de la escritura es inatacable, y que sea cualquiera el resultado de las pruebas, de que en absoluto prescinde, los Rodríguez podrían lícitamente retener las 288.253 pesetas 21 céntimos, aunque la confesión hecha por el Marqués fuera falsa, ó aunque hubiera sido acompañada de la consignación de aquella cantidad, en cuenta corriente, que es lo que en este pleito se ha sostenido. El fallo, pues, de la sentencia está concebido en estos términos: «Declaramos que se ha concedido ú otorgado por los demandados Rodríguez, bajo la razón social «Hijos de Rodríguez Acosta,» prórroga por tiempo ilimitado para la retrocesión ó retroventa de todas las fincas que fueron objeto del contrato de 13 de marzo de 1872: declaramos asimismo en toda su fuerza y vigor la escritura mencionada, y

subsistentes todas las condiciones en ella estipuladas. En su virtud condenamos á los Rodríguez á que otorguen, en el improrrogable término de 30 días, la escritura de retrocesión, en cuyo acto recibirán del Marqués del Salar en efectivo metálico, en una sola partida, y sin descuento alguno, las 800.000 pesetas, precio total de la venta, y el importe de las mejoras precisas ó voluntarias de cualquier clase y naturaleza, conforme á lo estipulado en la cláusula 4.^a de la referida escritura, *con reserva al Marqués del Salar del derecho que crea asistirle, respecto al extremo designado en la expresada cláusula*, siendo de cuenta del Marqués los gastos que *justifiquen* los Rodríguez haberles ocasionado la escritura de retrocesión y de cuenta de éstos los causados por virtud de la anotación marginal hecha en el Registro de la Propiedad para acreditar haberse terminado el plazo de la condición resolutoria; y últimamente los demandados Rodríguez de Palacios justificarán legalmente las cantidades que hayan satisfecho á los acreedores del Marqués del Salar, y que se mencionan en la referida escritura con las 511.746 pesetas 79 céntimos, que con tal objeto quedaron retenidas en poder de los mencionados compradores, para lo cual se fija también el improrrogable plazo de 30 días, pasados los cuales será devuelta al repetido Marqués del Salar la cantidad que no resulte satisfecha con los intereses legales devengados desde la fecha del otorgamiento de la mencionada escritura á los acreedores de aquél ni justificada legalmente de la retenida á tal objeto, todo sin expresa condenación de costas de la primera ni de esta segunda instancia. En lo que con ésta sea conforme la apelada de 10 de noviembre de 1882 la confirmamos y en lo que no la revocamos.» Tal es la resolución que voy en parte á combatir. Claro está que nada tengo que oponer al primer extremo de las declaraciones y condenaciones pronunciadas por la Sala. Que el plazo para retraer, había sido prorrogado por los Rodríguez, y que éstos, por tanto, están hoy, como antes del 13 de marzo de 1874, en la obligación de otorgar la escritura de retroventa, era una de las tesis del Marqués de Salar, y nada debe argüir contra la sentencia que la estima y hace prevalecer; pero quedan otros dos puntos, aunque oscurecidos, entre los restantes pronunciamientos del fallo, sobre los cuales no podría pasar en silencio el demandante, sin gran quebranto de sus intereses. Es el primero, el que implícitamente declara inatacable la confesión hecha por el Marqués en la escritura de 13 de marzo, respecto á la entrega de las 288.253 pesetas. Es el segundo el que al hablar de las mejoras abonables, se remite á la cláusula 4.^a de la escritura, reservando al Marqués el derecho de que se crea asistido, respecto del extremo en esa cláusula comprendido.

Nosotros entendemos que sobre el primero de esos particulares, la Sala ha incurrido en el 1.^o y tal vez en el 7.^o de los motivos de casación que menciona el artículo 1.692, y en cuanto al segundo, ha dado al recurso los motivos 1.^o y 3.^o del citado artículo.

Si sobre el pago de las 288.253 pesetas 21 céntimos hubiera realmente cuestión de prueba y de hecho, los argumentos que hizo el Juez inferior en los considerandos 11 al 18 de su sentencia, bastarían para resolverla en favor de mi cliente; pues no sólo hay testigos que vieron la cuenta corriente de esa suma entre demandante y demandados; no sólo hay muchas personas respetables que oyeron á éstos establecer como supuesto lo mismo que ahora contradicen; no sólo hay testimonios directos acerca de la triste situación de los Marqueses en los mismos días de otorgarse la escritura, situación inconcebible con el hecho de haber percibido aquellos señores la cuantiosa suma de 60.000 duros; no sólo hay el precedente de que la casa de los Rodríguez llevaba cuentas análogas con personas como el Marqués de Valleserrato, que se hallaban en situación semejante á la de los Marqueses del Salar; hay también un significativo silencio de los Rodríguez y una carencia absoluta de prueba por parte de éstos, acerca de la época y la forma en que entregaron las 288.253 pesetas 21 céntimos; hay que por cuenta de las 288.253 pesetas 21 céntimos (pues á pura generosidad de su parte no habría de atribuirse), los Sres. Rodríguez satisficieron después del 13 de marzo de 1872 varios créditos comunes contra el Marqués del Salar, y entre otros el del abogado D. Lepoldo Eguílaz, importante 3.000 pesetas (folio 173 de la pieza separada) el de D. Ramón Fernández de Córdoba por la compra á retro de las alhajas de la Marquesa (folios 194 y 203 vuelto) importante 98.444 reales, el de D. Andrés Urizar, que importaba 150.000, y el de D. Luis Dávila ó D.^a Concepción Romero por abono de un palco en el teatro de Isabel la Católica, importante 3.000 reales; hay, en fin, la ocultación de los libros de comercio de los demandados, ocultación consumada en desobediencia de los mandatos judiciales, y con circunstancias tales, que por sí solas constituyen una tácita confesión del hecho á que nos referimos.

Por esto la Sala sentenciadora se ha guardado bien de hacer apreciación alguna sobre las pruebas practicadas, contentándose con insinuar en algún inciso que legalmente son insuficientes para desvirtuar la confesión de la escritura. Verdad es que tampoco la contestación á la demanda (véase el 3.^o de sus fundamentos de derecho) aceptó la cuestión de prueba y se limitó á ponderar la eficacia de la confesión, «la cual, dijo, era tanta que no sólo justificaba el hecho, sino que pasados dos años hacía ineficaz toda acción para ir contra ella, aunque fuese incierta.»

Pues bien, esta doctrina, que ha impedido al Tribunal sentenciador la reparación de una insigne injusticia y le ha arrastrado á consagrar un verdadero despojo, es doctrina completamente inexacta y está cien veces condenada por la Ley y por la jurisprudencia de este Supremo Tribunal.

El principio *standum est chartæ* y el precepto de la Ley 114, título 18 de la Partida 3.^a, respecto á la eficacia de los documentos públicos, están subordinados á otros

principios y á otras doctrinas que ponen, como es justo, la verdad por encima del artificio y al abrigo de todo fraude. Así lo ha entendido este Supremo Tribunal al declarar, en su sentencia de 6 de febrero de 1877, simulada, y por consiguiente nula una escritura en que se fingía una venta á retro para encubrir un préstamo con interés; así en la de 29 de diciembre de 1880, cuando prescindió del resultado de varios documentos para declarar que unas minas ó canteras pertenecían á persona distinta de la que en ellos figuraba como propietario; así en la de 24 de junio de 1879, en que apesar de la prueba documental invocada por los recurrentes, entendió que podía haberse declarado como declaró el Tribunal de segunda instancia, que determinados bienes no formaban parte de la dotación de un mayorazgo; así, en fin, en la de 8 de abril de 1878, cuando dijo que no se infringían las leyes 114 y 119, título 18 de la Partida 3.^a, por resolver, como había resuelto la Sala sentenciadora, combinando y apreciando diversas pruebas, que no era eficaz una confesión de deber, apesar de estar reconocido el documento que la contenía y de haber sido impugnada más de dos años después de su otorgamiento.

El error de la Sala sentenciadora estriba principalmente en haber dado al art. 23 de la Instrucción de 12 de junio de 1861 y á la Ley 9.^a, título 1.^o, Partida 5.^a, una inteligencia y un alcance que no podrían tener sin mengua de la moral. Por de pronto el artículo de la Instrucción notarial condena la antigua práctica de renunciar leyes y excepciones favorables, y se limita á advertir á los otorgantes del contrato que la finca objeto de éste queda, una vez hecha la confesión, libre de toda responsabilidad por razón del precio que no se haya entregado. Es decir, que consagrada á la ejecución y aplicación de una Ley de tercería, como la Hipotecaria, la Instrucción de 12 de junio de 1881, se preocupa exclusivamente de los derechos del tercero, que más ó menos pronto pueda adquirir en cualquier forma los bienes objeto del contrato. ¿Qué tiene esto que ver con las obligaciones meramente personales y los vínculos de puro derecho que los pactos no escriturados establezcan entre los contratantes? No podría el Marqués del Salar reclamar contra la finca ó contra un tercero que la poseyese ni el todo ni una parte de las 288.253 pesetas 21 céntimos en concepto de precio no satisfecho; pero ¿en qué se opondrá esta doctrina á la que sustenta la demanda, ó sea á que los Rodríguez respondan de aquella suma que recibieron á cuenta corriente en su casa de banca y con cargo á la cuál hicieron los pagos de que arriba queda hecho mérito?

No es menos violenta ni causa menor agravio á los buenos principios de moral la aplicación que hace la Sala sentenciadora de la Ley 9.^a, título 1.^o, Partida 5.^a, ya porque dirigida ésta á defender á los necesitados contra la codicia de los prestamistas, la equidad no consiente que se aplique en daño de los primeros y en favor de los últimos, ya también porque no se trata de la excepción *non numæ ratæ pecuniæ*, sino

de la categórica afirmación hecha por un cliente de haberse constituido un nuevo contrato en que los Rodríguez eran los deudores, y al propio tiempo banqueros comisionistas, como sucede en el contrato de cuenta corriente; ya, en fin, porque la índole misma del remedio que la ley de partida otorga contra el fraude de los acreedores le hace inaplicable á los contratos de venta, en donde quien confiesa el recibo no es el deudor, sino el acreedor, resultando de aquí la imposibilidad de que se *haga demanda sobre pago de una cantidad no recibida por el demandado*.

¿Cómo admitir, pues, la violenta é inmoral doctrina que contiene el Considerando 13 de la sentencia, según el cual *aunque el Marqués hubiese justificado, por confesión de sus contrarios*, que realmente no había recibido las 288.253 pesetas 21 céntimos que quedaron en cuenta corriente, *sería evidente que no tiene en la actualidad derecho para exigir el abono de esa cantidad?* El lapso de los dos años se dice ha creado una presunción *juris est jure*, contra la cual no puede prevalecer prueba alguna; toda reserva de derecho á favor del Marqués es ilusoria, se añade, puesto que si no ha recibido la parte de precio confesada, puede haber sido su voluntad donarla, cederla ó renunciarla. Pero ¿hay en estas presunciones algo superior al principio de moral y de derecho á un tiempo, según el cual (Ley 17, título 34, Partida 7.^a) nadie debe enriquecerse fortiteramente en daño de otro? ¿Quién ha establecido ni en qué ley se registra la presunción absurda de que se entiende regalada la cantidad consignada en la cuenta corriente de un banquero para atender al pago de varias obligaciones, y entre otras el percibo de una pensión alimenticia de 60.000 rs. anuales? Esto declara y sostiene, sin embargo, la Sala sentenciadora, y por tales motivos modifica el fallo del inferior en el extremo en que se mandaba á los Rodríguez descontar del precio de la retroventa las 288.253 pesetas 21 céntimos que quedaron en la Casa Banca de los mismos, menos las cantidades que éstos justificaren documentalmente haber satisfecho, bien al Marqués del Salar ó á otras personas de su orden. Y dijo el Juez «*documentalmente,*» inspirándose en el aserto de los mismos Rodríguez que afirmaban que en su casa ninguna operación se hacía sin el correspondiente documento; de donde se infiere que pues no han presentado el recibo del Marqués del Salar, independiente de la escritura, es claro que no llegaron á entregarle las 288.253 pesetas sobre que se contiene.

No creo necesario añadir una palabra más á las consideraciones expuestas sobre el aspecto doctrinal de la cuestión; pero tampoco debo terminar la demostración de la tesis que vengo sosteniendo, sin precaver uno de los efugios á que suele acudir en casos como el presente para defender los fallos recurridos.

Lejos de mi ánimo hacer á la Sala de Granada la ofensa de que la prueba practicada por el Marqués del Salar respecto á la entrega en cuenta corriente de las 288.253 pesetas, no tranquilizase por completo su conciencia. Creo, por el contrario, que si

en su mente no se hubiese deslizado el error de que ninguna prueba contra la supuesta presunción *juris et de jure* que creyó ver en el abandono de la improcedente excepción *non numeratæ pecuniæ*, habría, como el Juez de primera instancia, declarado satisfactorias y concluyentes las probanzas del actor. Me basta, para pensar así, haber leído el primer considerando en que la Sala plantea todas las cuestiones del pleito, sin decir acerca de ésta una sola palabra que implique apreciación de pruebas. Ruego al Tribunal que se fije en el núm. 4.º de ese considerando, y verá que á juicio de la Audiencia, lo que se discutía y debía resolverse era: «Si la confesión hecha por el »Marqués de haber recibido como resto del precio estipulado las 288.253 pesetas 21 »céntimos á que se refiere la cláusula 2.ª de la escritura citada, perjudica al deman- »dante hasta el punto de no admitir prueba en contrario, sobre todo teniendo en »cuenta el lapso de tiempo transcurrido desde el otorgamiento de aquélla hasta que se »interpuso la demanda.»

Si, pues, esta era la cuestión litigiosa, y esta fué ciertamente la planteada por los demandados en el escrito de contestación, razonable parece creer que la Sala sentenciadora no se propuso resolver otra en los considerandos 11, 12 y 13. Ni habría tenido explicación que en el considerando 4.º resultase á sus ojos cumplidamente probada la prórroga del retro, y que con los mismos datos, y algunos más, no se atreviese á declarar igualmente probada la consignación en cuenta corriente de las 288.253 pesetas 21 céntimos. Sea empero lo que fuese, tengo el deber de adoptar alguna precaución contra el artificio habitual en estos casos, de considerar ciertas cuestiones como colocadas por la ley bajo el soberano criterio de la Audiencia. Digo, pues, y sostengo, que si contra todas las apariencias, y hasta contra sus propias declaraciones, la Sala sentenciadora hubiese querido en absoluto prescindir de las pruebas practicadas por mi cliente, habría aumentado los motivos de casación é incidido en el 7.º de los que menciona el art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Habría, desde luego, un manifiesto error de derecho, que pronto puntualizaré; pero habría además otro error de hecho, no menos manifiesto, en suponer que no ha existido la cuenta corriente cuando de actos auténticos é indiscutibles de los Rodríguez y de su propia confesión (folio 117 vuelto de la pieza separada) resulta que á cargo del Marqués hicieron operaciones, satisfaciéndole sumas y pagando sus débitos después de marzo de 1872. Acto auténtico es el contrato de 19 de abril de 1872, entre D. José María Rodríguez y D. Ramón Fernández de Córdoba, por el cual se ve que el primero rescataba las alhajas que los Marqueses del Salar habían vendido á retro, para que el apoderado del Marqués las recogiese, como en efecto las recogió, al otorgarse el documento de que fué testigo; actos auténticos son de no menos importancia, los pagos hechos por el notario Ramos al abogado Eguílaz y á D. Luis Dávila, en representación de su madre política; y negar que todas estas ope-

raciones se hicieron por una casa de comercio sin anotarlas en la cuenta corriente, es incurrir en una equivocación evidente á los ojos del menos experimentado en asuntos mercantiles. En vano se dirá, como dijo D. José María Rodríguez al absolver posiciones, que de todas estas sumas le era deudor el Marqués del Salar; pues aun para hacerlo constar era preciso exhibir la cuenta y sus justificantes, que es el deber de que la sentencia ha dispensado á los Rodríguez al modificar los pronunciamientos del Juzgado inferior.

¿Pero qué acto más auténtico ni de mayor evidencia que la ocultación de los libros mercantiles, hecha por los demandados apesar de los apremios judiciales y arrostrando todas las consecuencias de un proceso criminal? Al comerciante que oculta sus libros en pleito con otro comerciante, le condena el Código Mercantil español á estar y pasar por los asientos de su adversario cuando éste lleve los libros en regla. ¿Cómo suponer que en las contiendas entre comerciantes y no comerciantes la ocultación de libros mantiene, si va acompañada de pruebas documentales contrarias al ocultador, no envuelve la misma presunción en que descansa el art. 45 del Código Mercantil?

Concluyo, pues, estas observaciones, afirmando de que si la Sala sentenciadora, contra las terminantes declaraciones del primer considerando, hubiera creído deber apreciar, y efectivamente hubiese apreciado las pruebas practicadas sobre la consignación en cuenta corriente de las 288.253 pesetas 21 céntimos, al declarar á los Rodríguez exentos de la obligación de rendir y justificar la cuenta de esta suma, habría incurrido en el *error de derecho de suponer que es posible prescindir de una prueba compleja y concluyente, contra la cual no se ha articulado ninguna otra ni buena ni mala*, y habría infringido el art. 45 del Código de Comercio, cuyo espíritu no puede menos de aplicarse á los pleitos entre comerciantes y no comerciantes, imponiendo á los primeros la obligación de someter las acepciones de los segundos, aunque estuvieran débilmente justificadas.

Habría también la Sala incurrido en un error de hecho que resulta de documentos y actos auténticos como la confesión de D. José María Rodríguez, la escritura de 5 de enero de 1872, otorgada entre éste y D. Andrés Urizar, y el contrato privado de 19 de abril de 1872, por el cual D. Ramón Fernández de Córdova cedió, y D. José María Rodríguez de Palacios rescató las alhajas de los Marqueses del Salar.

Si, lo que parece más seguro, el Tribunal ha creído que no era lícito encaminar y apreciar pruebas contra el texto de la escritura de 13 de marzo, y la declaración en ella hecha por el Marqués, las infracciones cometidas por la Sala sentenciadora serían de otra índole, aunque no menos evidentes, habría infringido, por aplicación indebida, el art. 23 de la Instrucción de 12 de junio de 1861, la Ley 9.^a, título 1.^o, Partida 5.^a, y por violación manifiesta la Ley 17, título 34 de la Partida 7.^a, las

doctrinas contenidas en los fallos de este Supremo Tribunal de 6 de febrero de 1877, en pleito de Sevilla entre D.^a María Josefa de Medina y Torres y D. José Ignacio Manuel de Villena, las de 7 de julio y 29 de diciembre de 1880 en pleitos de la Corona y de Cáceres, la de 8 de abril de 1878, en pleito de Mallorca, y otras varias de que se deduce que contra los asertos de los documentos públicos es posible todo género de pruebas, cuya apreciación pueden y deben hacer los Tribunales sentenciadores.

Hemos dicho que la Sala de la Audiencia de Granada, dejando de resolver la cuestión relativa á la forma en que debían justificarse las mejoras hechas por los Rodríguez en la finca objeto de la retroventa, dió un nuevo motivo para este recurso de casación, el 3.º de los comprendidos en el art. 1.692 de la Ley. Fácil es demostrar este aserto. La demanda inicial del pleito pedía entre otras cosas que los Rodríguez otorgaran la escritura de retroventa, recibiendo la suma de 3.200.000 rs., y además el importe de las mejoras *justamente apreciadas* que los demandados hubieren hecho en la finca.

La contestación en el 4.º de los fundamentos de derecho, sostenía que para acreditar el importe de las mejoras, debía bastar la cuenta que los demandados presentasen, aunque no estuviese justificada; *sin que en modo alguno fuera preciso, como el actor pretendía, darles precio según juicio de peritos.*

La sentencia del inferior resolvió que los Rodríguez recibieran el importe justamente apreciado de los mejoramientos hechos en las fincas: la Sala sentenciadora, en cambio, se limita á declarar que los demandados deben percibir el importe de las mejoras hechas de cualquier clase y naturaleza, conforme á lo estipulado en la cláusula 4.ª de la referida escritura, con reserva al Marqués del *derecho que crea asistirle respecto al extremo designado en la expresada cláusula*, derecho á que se alude en el 10.º considerando, y que consiste, según el Tribunal sentenciador, en impugnar las cuentas de que se trata.

¿No es verdad que ha quedado en pie la cuestión planteada en la demanda? Los Rodríguez, según el Tribunal, deben percibir el importe de las mejoras de todas clases; pero el Marqués tiene el derecho de impugnar la cuenta que aquéllos presenten; entre la impugnación y la *cuenta*, ¿cuál deberá prevalecer? ¿Había de estarse al juicio pericial? Esto era lo que se discutía. Sostenía el actor que la cláusula 4.ª de la escritura implícitamente consagraba el dolo futuro de los Rodríguez si se entendía como estos la entendieron al contestar la demanda; reconociólo así el Tribunal sentenciador cuando dijo que no se podía reputar extinguido el derecho del Marqués para impugnar la cuenta de mejoras, apesar de la cláusula 4.ª de la escritura en que se hablaba de estar y pasar por la relación sin justificantes que presentaran los demandados; ¿pero qué metodo ha sustituido al del juicio pericial propuesto por mi

cliente? Ninguno, en verdad, como no sea el aplazamiento de la cuestión para un nuevo pleito.

Y cuenta, que el aplazamiento en este caso tiene mayor gravedad que en cualquier otro; porque dejar al arbitrio inapelable de los Rodríguez el señalamiento de las mejoras que debe abonar el Marqués juntamente con el precio de la retroventa, implica la anulación de la sentencia en cuanto condena á aquellos á retrovender las fincas litigiosas. La escritura, según el fallo de la Audiencia, debe otorgarse dentro del término de treinta días, y dentro de ese término, por consiguiente, ha de entregar el Marqués del Salar, no sólo el precio, sino el valor que los Rodríguez quieran atribuir á las mejoras. ¿No es verdad que de esta suerte se convierte á los demandados en árbitros, ¡qué digo en árbitros! en tiranos del actor, y se pone en su mano la ineficacia del fallo de los Tribunales? Formulen los Rodríguez (que sí formularán si persisten en dificultar la retroventa) una relación de mejoras de 10 á 12 millones de reales, y si la escritura ha de otorgarse en treinta días y la impugnación queda reservada á un nuevo pleito, inútil será pensar que nadie facilite al Marqués los medios de rescatar sus fincas.

Hay, pues, que resolver la cuestión en uno ó en otro sentido. Si el Tribunal entendiera que por cima de la moral están los pactos escriturados, y que se puede dar, sin consecuencias funestas, el espectáculo de entregar á la buena fe de un litigante vencido la eficacia de la ejecutoria pronunciada contra él, dígase de una vez con claridad, sin rodeos, sin atenuaciones, que los Marqueses del Salar, para retraer sus fincas, tienen que abonar, no sólo el precio convenido, sino todo lo demás que quieran reclamarles sus colitigantes, que, para contribuir al descubrimiento de la verdad en este pleito, han ocultado sus libros y se han dejado procesar y han desobedecido á los Tribunales. Si, por el contrario, se cree que ningún pacto puede autorizar el dolo; ni la renuncia ó la cita de acción para combatirle puede ser admitida por los Tribunales, resuélvase como mi cliente quiere, que la justa estimación pericial sea la medida de las cantidades que por razón de mejoras hayan de abonarse.

Lo que no se puede hacer, sin infringir leyes y doctrinas muy terminantemente, es remitir á nuevos pleitos cuestiones, para resolver las cuales ha sido promovido y sustanciado el pleito actual.

Infringe, pues, la Sala sentenciadora, al resolver la cuestión de las mejoras en términos que implican un nuevo pleito y dejan en pie las dificultades que ofrece la interpretación y aplicación de la cláusula 4.^a del contrato, las Leyes 2.^a, 5.^a y 16.^a, título 22 de la Partida 3.^a, el art. 359 y el párrafo 3.^o del 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil vigente, así como la jurisprudencia sentada por este Supremo Tribunal en varios fallos, y entre otros, las de 29 de noviembre de 1861, en pleito de la Coruña, y 10 de abril de 1867, en pleito de Cáceres.

Y si, á través de sus ambigüedades y reservas, la Sala hubiera querido aplicar la cláusula 4.^a del contrato de 13 de marzo de 1872 en el sentido de que las cuentas de mejoras que formulen los Rodríguez son inatacables, habría infringido el principio de que nadie puede enriquecerse torticeramente en perjuicio de otro (Ley 17, título 34, Partida 7.^a), y la doctrina universalmente reconocida en materia de contratos, según la cual, todo pacto que implique la aceptación del dolo futuro es nulo, y á nadie impone obligación de respetarlo.

Concluyo, por tanto, y en mérito de las consideraciones alegadas,

SUPLICO AL TRIBUNAL que teniendo por interpuesto este recurso, se sirva admitirle, y en su día casar y anular la sentencia recurrida en los extremos á que se refieren las infracciones de Ley que dejo mencionadas, fallando en definitiva el pleito como en la demanda se solicitó respecto á esos extremos, pues así procede en justicia que pido.

OTRO SÍ DIGO: que para los efectos del art. 1.721 de la Ley, necesito certificación de haber interpuesto este recurso.

SUPLICO Á LA SALA se sirva mandarla expedir. Será también justicia que pido.—Madrid 12 de marzo de 1884.

DR. GERMÁN GAMAZO.

FRANCISCO QUINTÍN FERNÁNDEZ.

(Es copia.)



