



Roj: **STS 618/1985** - ECLI: **ES:TS:1985:618**

Id Cendoj: **28079110011985100273**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/04/1985**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **CECILIO SERENA VELLOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Núm. 219.- Sentencia 2 de abril de 1985**

PROCEDIMIENTO: Infracción de ley y doctrina legal.

RECURRENTE: D. Luis Miguel .

FALLO: Desestima recurso contra sentencia A. Palma de Mallorca 6 de abril de 1982 .

DOCTRINA: Retracto.

Existe una línea jurisprudencial que con algunas vacilaciones (S. 9 de marzo de 1893) que admitió el retracto en caso de cesión del suelo para plantar viñas y de 11 de junio de 1902 en el censo reservativo) reputa los derechos de tanteo y retracto legales limitaciones a modo de cargas de Derecho público, pues aunque puedan redundar en provecho de particulares están motivadas por el interés general no constituyendo desmembraciones el dominio sobre el cual actúan ya que ni el dueño afectado podrá inventariar las limitaciones que aquellos derechos suponen ni el favorecido podrá incluirlas como valores patrimoniales en el activo.

En la Villa de Madrid, a dos de abril de mil novecientos ochenta y cinco; en los autos de juicio de retracto número 137 del 1980, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Mahón, y en grado

de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca; promovidos a instancia de don Luis Miguel , mayor de edad, casado. Abogado, vecino de Ciudadela (Menorca), domiciliado en la calle de DIRECCION000 número NUM000 , contra doña Laura , mayor de edad, soltera, sin profesión especial, vecina de Ciudadela, con domicilio en calle DIRECCION000 número NUM000 , declarada en rebeldía, y contra doña Irene , mayor de edad, casada, sin profesión especial, vecina de Palma de Mallorca, con domicilio en calle del DIRECCION001 número treinta y uno, sobre retracto; autos pendientes ante esta Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, en virtud del recurso de casación por Infracción de Ley y Doctrina legal, interpuesto por el recurrente don Luis Miguel , representado por el Procurador de los Tribunales, don Enrique Sorribes Torra, bajo la dirección del Letrado don Luis Muñoz Sabaté; habiendo comparecido como parte recurrida, doña Irene , representada por el Procurador de los Tribunales don Manuel del Valle Lozano, bajo la dirección del Letrado don Andrés Llompарт Marqués.

### **RESULTANDO**

RESULTANDO que el Procurador don Santiago Puey Fa, en representación de don Luis Miguel , formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Mahón, demanda incidental, contra doña Laura y doña Irene , sobre retracto, estableciendo en síntesis los siguientes hechos. Primero.-Mi representado, don Luis Miguel actúa en el presente procedimiento, en su doble condición de comunero de los bienes anajenados que son objeto de retracto, y de coheredero junto con la enajenante del haber hereditario que, en su totalidad, ha sido objeto



de enajenación mediante el negocio jurídico en el que han intervenido las demandadas y en el que esta parte quiere sobrogarse, como adquirente, a través del presente procedimiento. En efecto, el día 9 de agosto de 1979, persona apoderada suficientemente por los hermanos don Luis Miguel y doña Laura, otorgó escritura pública de manifestación de herencia ante el Notario don Ramón Clavell Borrás. Los bienes inventariados en la reseñada escritura pública, coinciden exactamente con los que fueron objeto de enajenación posterior y ahora constituyen objeto de retracto, y después de aceptada la herencia, se produjo la adjudicación por mitad y proindiviso de las herencias inventariadas. Segundo.-Se dirige la presente demanda contra las demandadas por cuanto ellas han sido otorgantes del negocio jurídico de enajenación en el que esta parte quiere subrogarse como adquirente. En efecto, el día 12 de enero de 1980, ante el Notario de Palma de Mallorca, don Rafael Gil Mendoza, doña Laura, en una situación de capacidad mental como mínimo muy dudosa, formalizó con la otra demandada, doña Irene, una escritura que se tituló «de cesión de bienes a cambio de contraprestación en especie o pensión». Resulta sumamente curiosa esta titulación que, junto con su contenido, permiten suponer que precisamente lo que se buscó fue intentar impedir la acción de retracto que ahora se ejercita. Tercero.- Mi representado tuvo conocimiento de la transmisión el pasado día 7 del mes en curso, fecha en que la escritura de constante referencia fue llevada al Registro de la Propiedad de este partido, a los efectos del oportuno asiento de presentación en el libro diario. No han transcurrido, pues, todavía, los nueve días -en su establecido cómputo natural- que como terminante plazo de caducidad exigen los artículos 1.524 del Código Civil y la regla primera del artículo 1.618 de la LEC, y por supuesto que estamos dentro de los treinta días del artículo 1067 del Código Civil. En el mes de julio de 1978, doña Laura se trasladó desde su residencia en Ciudadela, a la Ciudad de Palma de Mallorca, para recibir las atenciones y cuidados que su delicado estado de salud exigían, en una residencia. Con tal motivo se reanuda un trato familiar, con su prima, la demandada Sra. Irene. Se produjeron unos hechos; el pasado día 5 de junio, la Sra. de Luis Miguel abandona Palma y regresa a Ciudadela. Alerta a su hermano sobre el otorgamiento de una escritura cuyo contenido exacto y completo no puede ni siquiera esbozar. Al siguiente día 7, se produce la presentación de la escritura. Tras esa presentación, mi principal efectuó rápidamente las averiguaciones oportunas que le permitieron conseguir la copia de la escritura de transmisión que se ha acompañado a la presente demanda. En consecuencia, pues, la demanda se ha presentado dentro del legal plazo de los nueve días naturales a contar de aquel en el que se tuvo el descrito conocimiento del acto de enajenación. Cuarto.-Acreditamos el cumplimiento de los requisitos establecidos en los números primero y tercero del artículo 1.618 LEC. Quinto.-Cuando se otorga la escritura de 12 de enero, por la que las demandadas formalizan el negocio jurídico de enajenación en el que esta parte pretende subrogarse en el lugar del adquirente, retrayendo los bienes correspondientes, es obvio de que se tiene perfecto conocimiento de que la enajenante es dueña de una mitad indivisa de herencia o de bienes, según se quiera considerar que presupone la existencia, en línea de principio, de, al menos, un cotitular, sujeto activo de un derecho de preferente adquisición. Y también es obvio que dicha escritura supone un hábil e ingenioso procedimiento para intentar burlar la más que posible acción de retracto. Sexto.-A los efectos de facilitación de la labor de todos los intervinientes en el proceso, concretamos que el retracto se contrae a la totalidad de derecho hereditario correspondiente a doña Laura, en las herencias de sus hermanos don José Ramón y don Jesús, consistente en la mitad indivisa de la totalidad de los bienes objeto de enajenación en favor de la demandada. Termina suplicando al Juzgado, que se dicte sentencia por la que estimando íntegramente la acción ejercitada, declare haber lugar al retracto y en su consecuencia declare que su representado queda subrogado en el lugar y condición de la demandada adquirente en la escritura de cesión de bienes otorgada ante el Notario don Rafael Gil Mendoza, el día 12 de enero de 1980, quedando retraídos en su favor los bienes objeto de la referida escritura, y condenando a las demandadas a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y a otorgar en su caso la correspondiente escritura con reembolso a la demandada adquirente del importe satisfecho, gastos de contrato y otros legítimos de la enajenación, así como los necesarios y útiles eventualmente efectuados en los bienes adquiridos, todo ello a determinar en ejecución de sentencia.

RESULTANDO que admitida la demanda y emplazados los demandados doña Laura y doña Irene, compareció en los autos en representación de la segunda el Procurador Sr. Pérez Genoverd que contestó a la demanda, oponiendo a la misma en síntesis. Primero, al primero.-Admitidos del correlativo, única y exclusivamente, que el actor actúa en su condición de comunero de las fincas. Negamos, en cambio que pueda hacerlo como coheredero, por cuanto esta condición cesó. Segundo, al segundo.-En cuanto a la legitimación pasiva, es totalmente improcedente traer a juicio a la cesionaria. Tercero, al tercero.-Rotundamente falso el correlativo. Dejando aparte las motivaciones de la escritura, vamos a dedicar el presente hecho a concretar la cuestión de la fecha en que el actor, tuvo conocimiento pleno de la escritura otorgada, según el actor, no tuvo conocimiento de que alguna escritura se había otorgado, hasta el 6 de junio. Que pudo tener conocimiento de la misma, de su naturaleza, el 7 de junio, y que, en unas breves fechas, pudo conseguir una copia de la misma. La acción de retracto se ha interpuesto después de haber transcurrido, no sólo el plazo de nueve días, sino incluso, después del plazo de un mes señalado para los coherederos. Cuarto, al cuarto.-Niego el correlativo. Quinto, al quinto.-



Se niega el correlativo, antes de considerar, concretamente, la procedencia o improcedencia de la acción de retracto, a la vista del título de transmisión, forzoso es que nos refiramos, previamente, a las motivaciones del mismo y al entorno económico-familiar, para terminar con las insidiosas insinuaciones contenidas en el correlativo que se contesta, como las de los hechos 2º y 3º de la propia demanda. Ni hubo maquinaciones, ni captaciones de voluntad, ni habilidades para evitar retractos. La realidad es muy distinta. La codemandada Doña Laura , viviendo con sus propios hermanos, respira un ambiente que le resulta hostil, en gran parte por los ataques de que es víctima, precisamente por parte de su hermano Don Luis Miguel . Llegó el año 1978, entonces el hermano se desentiende de estos cuidados, y la ingresa en la Clínica Mestres de Palma de Mallorca. Pero ésta estancia en la clínica, reporta cuantiosos gastos, que los ingresos de la familia Luis Miguel Jesús Jose Ramón Laura , no puede soportar. En ésta situación, lo único que interesa a Doña Laura es vivir tranquila, sin preocupaciones económicas, y asegurarse sus necesidades materiales en el presente y en el futuro. Con éstas motivaciones, se otorga el contrato de transmisión que es objeto de retracto. Pero con ello, Doña Laura no se queda sin bienes. Conserva la propiedad de un considerable patrimonio. Hechas las anteriores consideraciones, debemos negar la posibilidad de que el actor pueda subrogarse -esto es lo que supone el retracto- en el contrato de cesión a cambio de contraprestación en especie o pensión, que estamos considerando. Sexto, al sexto.-Niego el correlativo en cuanto se refiere a bienes hereditarios. Terminando con súplica al Juzgado de que se dicte sentencia desestimando la demanda con imposición de costas a la parte actora.

RESULTANDO que no habiendo comparecido en autos la demandada doña Laura , fue declarada en rebeldía.

RESULTANDO que recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente y figura en las respectivas piezas.

RESULTANDO que unidos a los autos las pruebas practicadas, se ordenó traerlos a la vista para sentencia con citación de las partes.

RESULTANDO que la Sra. Juez de Primera Instancia de Mahón, dictó sentencia con fecha treinta de marzo de mil novecientos ochenta y uno , cuyo fallo es como sigue: Que debo desestimar y desestimo la demanda de Juicio Retracto origen de los presentes autos 137/80 deducida por don Luis Miguel , y en su nombre y representación por el Procurador de Tribunales señor Pérez Fá, contra doña Laura , y doña Irene , que ha comparecido en autos bajo la representación del Procurador señor Pérez Genovard en base a que no se ha interpuesto dentro del plazo legal indicado en el párrafo primero del artículo 1.618, sin hacer expresa imposición de costas.

RESULTANDO que interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de Primera Instancia por la representación del demandante don Luis Miguel , y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, dictó sentencia con fecha seis de abril de mil novecientos ochenta y dos , con la siguiente parte dispositiva: FALLAMOS que estimando en parte el recurso de apelación formulado por don Luis Miguel , debemos revocar y revocamos la sentencia de treinta de marzo de mil novecientos ochenta y uno dictada por la Sra. Juez de Primera Instancia de la ciudad de Mahón y su partido, en el Juicio de Retracto de que dimana el presente rollo, únicamente en cuanto a la declaración siguiente: «en base a que no se ha interpuesto dentro del plazo legal indicado en el párrafo primero del artículo 1.618 », confirmando, como confirmamos, todos los demás particulares de dicho fallo, si bien completándolo con la declaración de que se absuelven a las demandadas de la demanda contra ellas formulada; todo ello sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada.

RESULTANDO que el diez de marzo de mil novecientos ochenta y tres el Procurador don Enrique Sorribes Torra, en representación de don Luis Miguel , ha interpuesto recurso de casación por infracción de Ley y doctrina legal, contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, con apoyo en los siguientes motivos: Primero.-Al amparo del artículo 1.692 ordinal primero del la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denuncia infracción de Ley por interpretación errónea del artículo 1.522 párrafo primero del Código Civil y jurisprudencia concordante, al estimarse por la Sala de instancia que el contrato de renta vitalicia no entra en dicho precepto, siendo así que el mismo -que regula el retracto de comuneros- al indicar el presupuesto necesario para que tenga lugar dicho retracto, habla de enajenación de la cosa común a un extraño, concepto éste que por ser más amplio que el de venta, abarca en principio todo negocio jurídico, ya que enajenar significa «pasar o transmitir a otro el dominio de una cosa o algún derecho sobre ella». Y puesto que las leyes deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas, es evidente tal como en este aspecto reconoce la propia sentencia que se recurre «la conveniencia de que cese el estado de indivisión, por ser propicia a provocar discordias entre los comuneros y, responde a la misma finalidad que la misma que proclama que es imprescriptible la acción de la división de la cosa común». Así lo ha entendido la jurisprudencia de este Tribunal al aplicar el retracto a otras situaciones distintas a las estrictamente de compraventa o



dación en pago. De la misma opinión participa el grueso de la doctrina científica. Y aunque ciertamente deben descartarse del marco de aplicación del artículo 1.522, por la propia naturaleza de la relación, la contratación a título gratuito, no parece que lo mismo debe ocurrir con el contrato de renta vitalicia que tiene carácter oneroso; habiéndose dicho del mismo, desde ya en el derecho intermedio, que iste contractus sapit emptionem el venditionem. Segundo.-Al amparo del artículo 1.692 ordinal primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia infracción de Ley por interpretación errónea del artículo 1.521 del Código Civil, en relación con el ya argumentado artículo 1.522, pues al afirmar la sentencia que se recurre que aquel precepto sólo menciona y se refiere a contratos comutativos tal cual son la compra, o dación de pago, pero no aleatorios, yerra palpablemente, puesto que dicho artículo 1.521 al aplicarse al retracto de comuneros debe interpretarse en relación con el siguiente artículo 1.522 en cuyo supuesto el más amplio concepto de enajenación no apoya ninguna distinción entre negociación comutativa ni aleatoria, y sabido es que ubi lex non distinguit non distinguere habemus. No es la aleatoriedad, en términos generales y absolutos, sino el carácter infungible o personalísimo de la contraprestación lo que debe excluir a determinado negocio jurídico del retracto. Tercero.-Al amparo del artículo 1.692 ordinal primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia infracción de doctrina legal por aplicación indebida a la sentencia de nueve de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro, pronunciada por este Alto Tribunal y que la Sala de instancia invoca en el penúltimo considerando, in fine, ya que si bien en dicha sentencia se declaró improsperable la acción retractual basada en un contrato de renta vitalicia, el supuesto de hecho era distinto al actual, ya que en el caso contemplado por dicha resolución se trataba de un retracto intentado por el inquilino de una finca urbana al amparo del artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Cuarto.-Al amparo del artículo 1.692 ordinal séptimo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia infracción de Ley por error de hecho en la apreciación de la prueba, derivado de errónea interpretación de la llamada por las partes «escritura de cesión de bienes a cambio de contraprestación en especie o pensión», otorgada en doce de enero de mil novecientos ochenta, y acompañada de documento número dos a la demanda, escritura que a tales efectos se designa como documento auténtico. Aunque dicho documento es el mismo del que el Tribunal fundó su decisión, puede ser invocado a los fines del recurso cuando se entienda que ha sido mal interpretado. La infracción se produce allí donde la sentencia recurrida tras hacer un exégesis de la ya citada sentencia de este Alto Tribunal de once de junio de mil novecientos sesenta y dos, sobre censo reservativo, añadiendo que en el precedente citado la relación transcurrió «sin contemplación a las calidades personales del poseedor». Ni que decir tiene que dicha cuestión no es baladí ni accidental en la motivación del fallo. De ahí la absoluta necesidad de salir al paso a la interpretación dada en este punto al calendado contrato. Es evidente, por consecuencia, que el contrato, por más que fraudulentamente se esfuerce en aparentarlo a través de la disyuntiva «o» que le sirve de título calificativo «contraprestación en especie o pensión», lo que de veras estatuye en una renta económica que en modo alguno puede considerarse prestación personalísima, ni puede deducirse que fuera éste el ánimo de la cesionaria, la cual expresamente excluye su prestación personal, y al no entenderlo así la Sala de instancia, lo ha mal interpretado, pudiendo dicha interpretación ser revisada en casación conforme la jurisprudencia sentada por este Alto Tribunal.

RESULTANDO que admitido el recurso, e instruida la parte recurrente hasta entonces única comparecida, se declararon los autos conclusos y se mandaron traer a la vista con las debidas citaciones.

VISTO siendo Ponente el Excmo. Sr. Magistrado Don Cecilio Serena Velloso.

## CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que, contra la sentencia dictada por la Audiencia, el recurso a línea hasta cuatro motivos, todos ellos, a excepción del cuarto, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mientras que el último se apoya en el séptimo, por error de hecho según documento auténtico que, al entender de la parte, evidencia la equivocación padecida por el Juzgador, señalándose como tal documento auténtico, la escritura pública de doce de enero de mil novecientos ochenta, que aparece en las diligencias del juicio de que el presente recurso dimana, en diversos lugares: folios 22 a 31, 38 a 42 y 66 a 70, sin que exista entre los diversos ejemplares diferencia alguna y siquiera el fehaciente sea el de los folios 38 a 42, librado en cumplimiento de mandamiento dirigido por el Juzgado de Primera Instancia al Notario autorizante; siendo este motivo cuarto el que ha de ser examinado con antelación, respecto de los tres primeros ya que pudiera modificar el «factum», que, de ser desestimado, habrá de permanecer invariable al hacerse el enjuiciamiento de los anteriores.

CONSIDERANDO que, sin embargo, lo que el desarrollo del motivo propone a esta Sala, no es propiamente un error de hecho, sino otra interpretación divergente de la de la Audiencia, del contrato de doce de enero de mil novecientos ochenta, objeto de la escritura de esa fecha que se aduce como documento auténtico, pues, en efecto, se razona en el desarrollo de este motivo que la Audiencia reputa el mismo «intuitu personae», siendo que las prestaciones a que la cesionaria queda obligada «no merecen nunca la calificación de personalísimas»





y «son posibles de realizar mediante un simple desembolso económico, sin movilizar para nada la cuestión personal o afectiva», a tal punto que se cuida en el contrato de estipular que las prestaciones comprometidas han de entenderse «sin alcance de prestación directa y personal no voluntaria por parte de la cesionaria», enfatizando en que «todas las conductas se reconducen al mero deber de sufragar los servicios relacionados, a los que, por cierto, incluso se les pone tasa, pues convienen en setenta mil pesetas mensuales, valor, se dice, de la pensión a satisfacer»; concluyendo este motivo que en modo alguno se pactó allí «prestación personalísima»; motivo este cuarto, que debe ser desestimado por cuanto lo que propone el mismo no es un error de hecho, sino un tema de interpretación, y quizás mejor la calificación del contrato de doce de enero de mil novecientos ochenta, planteando propiamente el punto de si un contrato del contenido que ofrece la escritura pública de esa fecha constituye la «compra o dación en pago», que forma parte del supuesto de hecho del artículo 1.521 del Código Civil, por ser el necesario antecedente del derecho de retracto legal de comuneros ejercitado en el juicio de que el recurso dimana, siendo éstos, aspectos propios del número primero del artículo 1.692, y no del séptimo, por lo cual debieron traerse a la consideración de esta Sala por el dicho cauce del número primero, y aduciendo la infracción, por el concepto que correspondiera, de los preceptos atinentes a la interpretación de los contratos o al régimen del estipulado.

CONSIDERANDO que los tres primeros motivos, bien pueden estudiarse conjuntamente pues, si bien se mira, todos ellos propugnan, desde puntos de vista relativamente distinguibles, afirmar la equivalencia entre el contrato de doce de enero de mil novecientos ochenta y la «compra o dación en pago, enajenación o venta», que vitaliza el ejercicio de la acción de retracto de comuneros, arguyéndose a ese designio, en el motivo primero la errónea interpretación del párrafo primero del artículo 1.522, «al estimarse que el contrato de renta vitalicia no entra en dicho precepto» siendo que habla de «enajenación» de la cosa común a un extraño, citando diversas sentencias, efectuando citas doctrinales y concluyendo que si debe «descartarse del marco de aplicación del artículo 1.522, por la misma naturaleza de la relación, la contratación a título gratuito, no parece que lo mismo debe ocurrir con el contrato de renta vitalicia que tiene carácter oneroso»; siguiendo el motivo segundo argumentando, en la misma línea, que constituye interpretación errónea del artículo 1.521 el referirlo únicamente a los contratos conmutativos, cuales son la compra y la dación en pago, excluyendo los aleatorios, puesto que este artículo 1.521 ha de relacionarse con el 1.522 en que se habla más ampliamente de «enajenación», sin distinguir entre la conmutativa y la aleatoria, siendo que «no es la aleatoriedad, en términos generales y absolutos, sino el carácter infungible o personalísimo de la contraprestación lo que debe excluir a determinado negocio jurídico, del retracto»; citándose finalmente en el motivo tercero, la doctrina de esta Sala en su sentencia de nueve de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro, para predicar su inaplicabilidad al presente caso por referirse dicha sentencia a otro precepto que los artículos 1.521 y 1.522 del Código Civil, pues se trataba en ella de un retracto arrendaticio regulado por el artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; de suerte, que en suma, todo el recurso se reduce y contrae al punto de si el contrato de doce de enero de mil novecientos ochenta, constituye o no el supuesto de la «compra o dación en pago», del artículo 1.521 o de la «enajenación» del 1.522 del Código Civil.

CONSIDERANDO que, para encarar esa cuestión a que se reduce el recurso, forzoso se hace recordar las cláusulas del tan repetido contrato de doce de enero de mil novecientos ochenta, en el cual la cesión de la mitad indivisa de las cinco fincas de las cuales es copropietario el demandante y recurrente, la efectúa su hermana la demandada Laura a la cesionaria demandada y recurrida su prima Irene, mediante una contraprestación a cargo de esta y en beneficio de aquella, definida en las siguientes cláusulas: «Segunda: La contraprestación de la cesión que se efectúa en la cláusula anterior consistirá en el conjunto de prestaciones siguientes que la cesionaria viene obligada a satisfacer a la cedente tanto en caso de salud como de enfermedad: Prestación alimenticia, en el amplio sentido previsto en el Código Civil, o sea, alimentación, vestido y asistencia médica. Prestación médica, o sea los servicios a cargo de facultativos que fueran precisos según los casos y la de los medicamentos que el tratamiento médico supusiere. Internamiento en Clínica o Casa de Salud o Residencia, de acuerdo con la condición y hábitos de la pensionista, así como al nivel o grado de confortabilidad en que habitualmente ha vivido. En general toda la atención que precise la cedente en orden a su vida y salud, y dentro del nivel de vida que le es propio». Precisándose en la escritura, luego de enunciadas las prestaciones asumidas por la cesionaria, que «las prestaciones que anteceden se realizarán por la cesionaria atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso en relación con la cedente, suponiendo para la primera el deber de proporcionar y sufragar los servicios, alimentos, cuidados, medicamentos y asistencias que sean precisas atendiendo al grado de salud o enfermedad de la cedente, sin alcance de prestación directa y personal no voluntaria por parte de la cesionaria,»; y es «atendiendo a las circunstancias de presente y al alcance que las prestaciones deben comprender en este momento» que «se valora la pensión a satisfacer en la suma de setenta mil pesetas mensuales», previniéndose que «esto no obstante esta cuantía será objeto de revisión a petición de la cedente y puesta al día según justifique sus necesidades, y el aumento de los costos o de las prestaciones a percibir», instaurándose la intervención del Obispo de Mahón por parte de la cedente y de otra persona a designar mediante acta notarial por parte de la cesionaria, para efectuar cada revisión que proceda



y siguiendo finalmente una cláusula tercera, en la que el caso de incumplimiento con el efecto resolutorio que le es propio y con devolución de las fincas a la cedente, sin obligación por su parte de reembolso alguno por razón de las pensiones ya percibidas, se habrá de apreciar por el mismo Obispo de Mahón y por el Decano del Colegio de Abogados de Baleares en el concepto de arbitradores.

CONSIDERANDO que las cláusulas recordadas denotan que el contrato litioso ofrece una indudable, y por ello incuestionada nota de aleatorio, manifestada en que si de parte de la cedente la prestación consistió en la transmisión del dominio de la mitad indivisa de cinco fincas, la contraprestación de la cesionaria significada en el conjunto de las alimenticias en sentido lato, asistencia médica y hospitalaria y «en general», cuantas atenciones «precise la cedente en orden a su vida y salud, y dentro del nivel de vida que le es propio», por durante el resto de la vida de dicha cedente, aproximan lo convenido al esquema del contrato de renta vitalicia de los artículos 1.802 a 1.808, debiendo desenvolverse en tracto temporal y es por ello que se prevea, que, no obstante valorarse el conjunto de dichas prestaciones en una cantidad alzada de setenta mil pesetas mensuales, pero «esta cuantía, será objeto de revisión a petición de la cedente y puesta al día», dándose intervención a ese designio a dos personas, el Obispo de Mahón, y otra a designar por la cesionaria, siendo esta nota la que ciertamente inclina a rechazar la tesis del recurso, que no es otra, según se comprobó ampliamente, que la de equivaler dicho contrato al de compra o a la dación en pago, pues siquiera conlleve la transmisión del dominio de las fincas y por lo tanto, la posición del cedente sea la misma en las tres figuras: compraventa, dación en pago y contrato del contenido contemplado en el juicio, pero no puede predicarse la misma sustancial identidad desde el lado del cesionario, pues constituyen contraprestaciones ciertamente reluctantes a su homologación entre sí, la de pagar un precio cierto en dinero o signo que lo represente (en lo que las obligaciones del comprador consisten esencialmente, supuesto al que es reconducible la dación en pago) y el desenvolvimiento, a lo largo de la vida de la cedente, de un conjunto de prestaciones que, aún vertidas al pago de cantidades de dinero efectivo ya que se excluye paladinamente en cuanto a la forma la «prestación directa y personal no voluntaria por parte de la cesionaria», autorizada o facultada (tampoco compelida), para proporcionar todas las prestaciones bajo la forma de pago de dinero por su coste actualizado y adaptado a «la condición y hábitos de la pensionista, así como al nivel o grado de confortabilidad en que habitualmente ha vivido», y «atendiendo al grado de salud o enfermedad de la cedente», con todo, aún así objetivadas la prestación o el conjunto de las prestaciones y transmutadas en el simple pago de cantidades, se aleja, la contraprestación así concebida, de los rasgos de certeza y tracto único contemplados por el legislador al admitir y regular el régimen de los retractos legales de comuneros y colindantes.

CONSIDERANDO que la conclusión lograda, se inscribe en una línea jurisprudencial que, con algunas vacilaciones (significadas por las sentencias de nueve de marzo de mil novecientos ochenta y tres, que admitió el retracto en caso de cesión del suelo para plantar viñas y de once de julio de mil novecientos dos en el de censo reservativo), reputa los derechos de tanteo y retracto legales limitaciones a modo de cargas de derecho público, pues aunque puedan redundar en provecho de particulares están motivadas por el interés general, no constituyendo desmembraciones del dominio sobre el cual actúan ya que ni el dueño afectado podrá inventariar las limitaciones que aquellos derechos suponen, ni el favorecido podrá incluirlas como valores patrimoniales en su activo (sentencia de diecisiete de diciembre de mil novecientos 0 y cinco); cargas que, a calidad de tales y por envolver una limitación del derecho de propiedad en pugna con la libertad de contratación, han de ser aplicadas con criterio restrictivo: sentencias de nueve y trece de julio de mil novecientos tres, diecisiete de mayo de mil novecientos siete, doce de octubre de mil novecientos doce, nueve de enero de mil novecientos trece, diecisiete de febrero de mil novecientos cincuenta y cuatro, nueve de julio de mil novecientos cincuenta y ocho, once y doce de febrero, tres de julio y siete de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve y otras muchas; y de ahí que las de dieciséis y veintitrés de mayo de mil novecientos sesenta, hayan negado la posibilidad del retracto en supuesto de permuta, la de doce de junio de mil novecientos sesenta y cuatro en el de aportación de un inmueble a una sociedad anónima, hecha por un socio fundador en la escritura de constitución y, más próximamente al caso de autos, la ya citada de nueve de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro, en el de renta vitalicia, razonando al respecto y luego de insistir en el criterio limitativo que preside la materia y que obliga a rechazar «todo intento de hacer entrar por asimilación, otros actos de transmisión que no se basen concretamente en una compraventa y en su único equivalente de la adjudicación en pago de deudas», que la renta vitalicia no autoriza el retracto pues su «naturaleza, no es precisamente la de compraventa, ni la de dación en pago ya que están diferenciadas en que los (contratos) aleatorios entre los que se incluyen los de renta vitalicia, el equivalente de lo que una de las partes ha de dar o hacer no está bien determinado, circunstancia ésta que no concurrente en los segundos, que como conmutativos que son, queda perfectamente determinado dicho equivalente desde el momento mismo de su celebración».

CONSIDERANDO que la desestimación del recurso atrae la aplicación del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiéndosele imponer a la parte recurrente el pago de las costas y la pérdida del depósito.

**FALLAMOS**

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley y doctrina legal, interpuesto por don Luis Miguel , contra la sentencia que, con fecha seis de abril de mil novecientos ochenta y dos, dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca ; se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas y pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal; y líbrese a la citada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala que ha remitido.

ASI, por esta nuestra sentencia que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» e insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación: Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Don Cecilio Serena Velloso, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico. En Madrid, a dos de abril de mil novecientos ochenta y cinco.

FONDO DOCUMENTAL CENDI