

PROBLEMAS LEGALES SOBRE TUTELA, ASISTENCIA Y PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES*

(POSIBLES PREVISIONES NEGOCIALES)

Agustín Luna Serrano
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Central de Barcelona

1. **Introducción.** El tema de estas jornadas sobre tutela, asistencia y protección de las personas mayores, que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, tiene la base de su desenvolvimiento operativo en el art. 50 de nuestra Constitución política, que se refiere a la promoción por los poderes públicos del bienestar de los ciudadanos durante la tercera edad, plantea una problemática de gran y creciente interés en el ámbito de nuestra sociedad.

La problemática de referencia, además de su necesaria ubicación en el terreno constitucional, puede abordarse desde diferentes aspectos, que se refieren a las distinciones de las parcelas del ordenamiento en función de las normas a través de las cuales el mandato constitucional se reconduce a la legislación ordinaria y, así, por ejemplo, en el ámbito del derecho público el tema se puede abordar desde el punto de vista administrativo o fiscal. Por lo que a esta intervención se refiere, se va a examinar la cuestión desde el ámbito del derecho privado y, más en concreto, desde el punto de vista del derecho civil, sin desconocer que también se podría ob-

* Este escrito se corresponde sustancialmente con la ponencia encomendada a su autor para ser expuesta en las «Jornadas sobre la tutela de las personas mayores», celebradas durante los días 8 y 9 de mayo de 2003 en La Coruña.

servar desde otras muchas perspectivas, alguna a caballo entre lo público y lo privado como, por ejemplo, la que se refiere a la Seguridad Social.

Todavía, en el ámbito más estricto del derecho privado, la temática de las personas mayores se puede examinar trayendo a colación un elevado número de instituciones útiles o aprovechables a los fines de la tutela, de la asistencia y de la protección de las personas ancianas, debiéndose hablar a este respecto de no pocas posibles previsiones negociales típicas y atípicas que pueden ordenarse a dicha finalidad. Por mi parte, de manera más modesta y circunscrita, intentaré únicamente, sin ánimo de exhaustividad –por lo demás imposible aquí y ahora–, trazar una panorámica de previsiones negociales –a veces no específicamente pensadas en relación a los ancianos pero interesantes y aprovechables para el asunto que nos ocupa– que diseñaré de manera sucinta, no completa y necesariamente *ad exemplum*, incluso por estar advertido, siendo uno de los últimos conferenciantes, que mi ponencia se puede solapar, por su contenido, con otras ponencias y comunicaciones presentadas en estas Jornadas.

Dividiré mi intervención en cuatro apartados relativos a las determinaciones negociales de alcance preponderantemente personal, a las de carácter *inter vivos* de carácter patrimonial, a las *mortis causa* de carácter patrimonial y a las que pueden calificarse de *trans mortem* o con efecto patrimonial *post mortem*.

I. DETERMINACIONES NEGOCIALES DE ALCANCE PREPONDERANTEMENTE PERSONAL

2. **La denominada autotutela.** Esta modalidad de la delación voluntaria de la tutela podría ser utilizada por una persona para designar a quien haya de ser, en su caso, su propio tutor, en consideración de que, al ir avanzando en su edad, pudiera encontrarse en situación de no poder gobernarse por sí misma. Es evidente que la denominación convencionalmente adoptada para este supuesto no se corresponde exactamente con la palabra autotutela, que literalmente se refiere a la tutela de una persona a cargo de sí misma, pero tampoco cabe duda que la denominación indicada da a entender, de manera muy eficaz y directa, lo que, aunque impropia, se pretende describir.

Si bien las propuestas doctrinales sobre el acogimiento de esta posibilidad de delación de la tutela ya son entre nosotros bastante antiguas, lo cierto es que esta figura no fue incorporada a nuestro derecho positivo de aplicación general en la reforma del Código civil llevada a cabo en materia de tutela en los años 1981-1983, si bien se ha planteado si, aunque sea indirectamente y teniendo en cuenta el trámite de audiencia que el juez debe conceder al sometido a tutela antes de la constitución de

ésta (art. 231 Cc.) o del arbitrio que en esta materia se concede a la autoridad judicial (en particular, art. 235 Cc.), la autotutela puede admitirse en el ámbito de la normativa del Código civil.

En cualquier caso, la figura a que ahora nos referimos ha sido expresamente asumida por el legislador catalán, que dedica a ella los arts. 172 y siguientes del Código de familia, aprobado por la ley autonómica 9/1998, de 15 de julio, relativos a la delación voluntaria de la tutela, en este caso concreto por parte de la persona en ella interesada.

En efecto, en previsión de la posible incapacitación que procediere respecto de cualesquiera personas –y entre ellas, la de un anciano por demencia senil o por natural deterioro físico o mental en razón de la edad o la de quien, alcanzada cierta edad, sufre una enfermedad de carácter progresivo– puede designar a su futuro tutor o al titular o titulares de alguno o algunos de los cargos tutelares (consejo de tutela) o incluso, juntamente con el tutor, a un específico administrador patrimonial. Esta designación, que debe hacerse en escritura pública, vincula, desde luego, al juez, si bien puede ser impugnada por las personas llamadas legalmente a ocupar la tutela –si el Juez aprecia su idoneidad (tutela dativa)– o por el Ministerio fiscal, en el caso de que hayan variado sensiblemente las circunstancias existentes en el momento de la designación en comparación con las que se dan en el momento de la efectividad de la delación voluntaria de la tutela.

En previsión de su propia tutela, el eventual incapacitado puede hacer una pluralidad de designaciones, conjuntas o sucesivas, para ocupar el cargo de tutor; señalar sustitutos; excluir para ocupar los cargos tutelares a personas determinadas; determinar o establecer el contenido de la tutela, en especial a lo relativo al cuidado de su persona, y el funcionamiento de la misma; fijar la retribución que ha de corresponder al tutor; prever medidas de control en relación a la actuación del titular de la tutela; establecer un consejo de tutela (arts. 226 a 236 de Código de familia), formado como mínimo por tres personas, de manera que, a falta de designación expresa, los nombrará el juez siguiendo el orden señalado para la tutela dativa, o excluir para formar parte de dicho consejo a determinadas personas.

3. **La autocuratela.** Una vez abierta en el derecho civil catalán la posibilidad de la designación, por parte del eventual incapacitado, de la persona de su tutor en las circunstancias dichas, es lógico que también se prevea en el mismo la figura, de carácter más modesta en cuanto a su transcendencia, en razón de su función y de su contenido, de la autocuratela.

En efecto, para el supuesto de que una persona prevea que, dado lo avanzado de su edad, las circunstancias de su salud física o mental o su progresivo deterioro corporal o intelectual, la situación en que va a en-

contrarse pueda conllevar una futura incapacitación que, en la gradación de sus dificultades para gobernarse, únicamente comporte su sometimiento a curatela (art. 387 Cc.), puede también, a tenor de lo dispuesto en el Código catalán de familia, designar a dicho curador (art. 236.1 CF), al objeto de que, con arreglo a la normativa aplicable, complemente su capacidad.

4. **El acogimiento de personas mayores.** Se debe hacer también referencia, en esta primera parte de la intervención, a la figura del acogimiento de personas mayores, en relación al cual se vienen haciendo desde hace tiempo algunas propuestas y, recientemente, se han dictado normas en el derecho civil catalán y, en concreto, la ley 22/2000, de 29 de diciembre, de acogimiento de personas mayores, en cuyo preámbulo se resalta su interés para las personas de la tercera edad indicando que «en la situación actual, el envejecimiento progresivo de la población, como consecuencia de la prolongación de la vida y de la reducción de la natalidad, una regulación legal de signo proteccionista que estructure este tipo de convivencia puede solucionar el bienestar general de las personas mayores que se aprovechen del mismo, resolviéndoles las dificultades económicas y sociales, y ser una opción más al ingreso de estas personas mayores en instituciones geriátricas».

El acogimiento de referencia, que debe ser objeto del correspondiente pacto, daría lugar a una vinculación entre una persona, una pareja casada o unida de manera estable o una familia monoparental, y otra persona o una pareja casada o unida establemente, que han de ser más jóvenes si el acogimiento se concierta por razones de edad –el acogimiento podría contemplar también una situación de discapacidad–, los cuales acogen a las indicadas personas mayores en una situación semejante a la que determinarían las relaciones de parentesco, a cambio de una contraprestación económica. El pacto supone que las personas acogedoras y las acogidas han de prestarse ayuda mutua y compartir los gastos de la vivienda común y el trabajo doméstico en la forma pactada, debiendo ésta corresponderse con las posibilidades reales de cada una de las partes interesadas.

El pacto de acogimiento puede concluirse entre personas que no sean parientes entre sí dentro del segundo grado, mayores de edad y con plena capacidad de obrar, salvo el caso de que las personas acogidas se encuentren incapacitadas, en cuyo supuesto obrarán, en sustitución de las mismas, sus representantes legales o, juntamente con ellas, sus curadores. En el caso de que el acogimiento tenga lugar en atención a la edad de las personas acogidas, éstas han de tener, ordinariamente, cumplidos los sesenta y cinco años y, si tuvieren menos edad, habrían de tener, al menos, quince años más que la persona que las acoge de más edad.

El convenio de acogimiento, que por regla general no deberá tener una vigencia inferior a tres años, debería hacerse constar en escritura pública e inscribirse en un registro especial creado al efecto. En dicha escritura debería hacerse constar las prestaciones y los derechos y obligaciones correspondientes a cada una de las partes, así como, en su caso, las donaciones hechas por las personas acogidas a las acogedoras o a terceras personas en interés de éstas, ya sean de presente o para después de la muerte. Si el acogimiento comportara prestación de alimentos, la contraprestación podría consistir en la cesión de un capital en bienes muebles o inmuebles o en dinero.

A la terminación del acogimiento –que podría extinguirse por las causas previstas de común acuerdo en la escritura en que el pacto se formaliza por voluntad de una de las partes manifestada en escritura pública fehacientemente notificada, por decisión de una de dichas partes en caso de incumplimiento de lo pactado por la otra, por muerte de la persona o personas acogidas y por muerte de la persona o personas acogedoras– dará lugar, si el acogimiento se extingue por las dos primeras causas indicadas, a lo expresamente pactado; si se extingue por mera voluntad unilateral comunicada y no existe pacto, la parte que no sea titular de la vivienda habrá de abandonarla en el plazo de tres meses; si la extinción tiene su causa en la voluntad de una de las partes ante el incumplimiento de la otra, los eventuales acogedores, si no son titulares de la vivienda, habrían de abandonarla en quince días y los acogidos en el plazo de dos meses; en el caso de extinción por razón de defunción de la persona o personas acogidas, y si éstas fueran las propietarias de la vivienda, la persona o personas acogedoras tienen derecho a seguir viviendo en ella y a utilizar su ajuar durante un año y, si los que mueren son los acogedores, los acogidos tienen asimismo derecho a permanecer un año en la vivienda y a usar del ajuar doméstico. Además, si se hubiera producido una situación de enriquecimiento injusto en razón del tiempo y las circunstancias del acogimiento, se podría solicitar la correspondiente indemnización. Por otra parte, en la sucesión, tanto testada como intestada de las personas acogidas, las personas acogedoras tienen derecho, si la convivencia ha durado por lo menos cuatro años, a exigir de los herederos de los acogidos, y a elección de los mismos, bienes hereditarios –o su equivalente en dinero– que representen una cuarta parte del valor de la herencia, en la cual se imputarán los bienes que, por cualquier título gratuito, las personas acogedoras hayan recibido de las acogidas o éstas le hayan atribuido en relación a su herencia.

5. Las situaciones convivenciales de ayuda mutua. Las circunstancias de soledad y de desvalimiento en que, con mucha frecuencia, se encuentran las personas ancianas y otras más o menos mayores se han intentado

también superar en el derecho civil catalán mediante la promulgación de la ley autonómica 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua. Se quiere regular mediante ella la relación existente entre dos o más personas que, sin constituir una familia nuclear, comparten, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, una vivienda y soportan los gastos comunes y el trabajo doméstico, de manera igual o desigual y, eventualmente, otros gastos u otras actividades.

La situación convivencial de ayuda mutua puede establecerse entre personas mayores de edad, que no sean parientes en línea recta ni casadas o constitutivas de una unión estable de pareja, sin superar el número de cuatro, y que lo mismo pueden ser parientes en la línea colateral, en cuyo caso pueden agruparse en número mayor, que tener relaciones de simple amistad o de pura camaradería. Dicha situación puede constituirse mediante escritura pública notarial y también puede adquirir efectividad si se prolonga por espacio de dos años de convivencia, que puede acreditarse mediante acta de notoriedad.

Los convivientes podrán establecer por pacto las normas reguladoras de la convivencia, así como los respectivos derechos y deberes que les conciernan y las causas y las reglas aplicables a la extinción de su situación convivencial, de modo que dichos acuerdos podrán formalizarse tanto verbalmente como por documento público o privado, predeterminando dicha forma la de las modificaciones que luego quieran introducir.

La situación convivencial de ayuda mutua puede extinguirse por acuerdo de todos los convivientes, por decisión unilateral de uno de ellos, por el matrimonio de uno de ellos o por el hecho de establecer con otra persona una relación estable de pareja, por muerte de uno de los convivientes o bien por las causas que se hayan previsto en el pacto por el que se ha establecido la convivencia. Cuando la extinción de ésta se deba a la voluntad unilateral de uno de los convivientes, a su matrimonio o a su unión estable de pareja, o a su fallecimiento, los demás convivientes podrán continuar entre ellos la convivencia adaptando y modificando en lo necesario los pactos que para regularla se habían inicialmente establecido. Naturalmente, los supuestos inicialmente señalados de extinción de la convivencia determinan la revocación de los poderes que cualquiera de los convivientes haya otorgado en favor de los otros.

La extinción de la situación convivencial produce efectos respecto de la vivienda y puede dar lugar a una compensación económica por razón de trabajo y a una pensión periódica en caso de defunción.

En el primer aspecto, la utilización de la vivienda después de la extinción de la situación convivencial puede regularse por pacto, pero, a falta del mismo, si la extinción se produce en vida de todos los convivientes los que no sean titulares de la vivienda dispondrán de tres meses para abandonarla o, si la extinción se produce por defunción del conviviente

propietario de la vivienda, los demás podrán seguir ocupándola durante seis meses. Además, si la persona fallecida era arrendataria de la vivienda, los demás convivientes tendrán derecho a subrogarse en la titularidad del arrendamiento por el término de un año o por el tiempo inferior que quede hasta la expiración del contrato arrendaticio. En todos estos casos es claro que el derecho de que se trata puede corresponder a diversas personas, previéndose en la ley que, a falta de acuerdo, el eventual conflicto se habrá de resolver mediante arbitraje o resolución judicial, la cual podrá disponer indemnizaciones en favor de los convivientes más perjudicados a cargo de los demás.

En cuanto a la compensación económica por razón de trabajo, si uno de los convivientes ha trabajado para los demás, sin la contraprestación debida, de manera que esta situación ha determinado una desigualdad económica que implica un enriquecimiento injusto, quien ha realizado aquellos trabajos tiene derecho a una compensación económica a cargo de los que se hayan beneficiado de los mismos, que se fijará por acuerdo entre todos los interesados o, de faltar éste, mediante arbitraje o resolución judicial, teniendo en cuenta los pactos previamente establecidos, la dedicación de uno de los convivientes a los demás, la duración de la convivencia y los medios económicos de las partes interesadas.

Finalmente, si la extinción de la convivencia tiene lugar por defunción de uno de los convivientes, aquél o aquéllos que le sobrevivan y que eran mantenidos total o parcialmente por el difunto durante el último año de convivencia, anterior a su muerte, y no tengan medios económicos para mantenerse tienen derecho, salvo que se haya pactado en sentido contrario al establecerse la convivencia, a una pensión alimenticia a cargo de los herederos del premuerto, por un período máximo de tres años. Esta pensión se ha de fijar, en lo que se refiere a su cuantía y duración, de común acuerdo o mediante arbitraje o decisión judicial, teniendo en cuenta el costo del mantenimiento, el tiempo en el que el mismo tuvo lugar y la importancia del caudal relicto, de modo que no pueda exceder de la mitad de su valor si los herederos son descendientes, ascendientes o colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad del causante, fuera del caso de que se trate de menores de edad o de discapacitados en cuyo supuesto dicha pensión se ha de limitar a la quinta parte del valor de la herencia.

II. DETERMINACIONES NEGOCIALES *INTER VIVOS* DE CARÁCTER PATRIMONIAL

6. **Las liberalidades entre vivos.** Aunque no necesariamente dirigidas específicamente, en los planteamientos de política jurídica básica del ordenamiento, a la protección de los ancianos, no cabe duda de que las liberalidades *inter vivos* pueden ser llevadas a cabo en atención a la mejor asistencia de las personas mayores. En este sentido, podría pensarse en concluir a tal fin negocios jurídicos de donación en pleno dominio en favor de personas de la tercera edad para ayudarles en sus necesidades, que, en su caso, tendrían el límite de la inoficiosidad y habrían de adoptar una forma preestablecida si lo donado fuera un inmueble (art. 633 Cc.), y en particular de donación del derecho real de usufructo, especialmente si el mismo se constituye, ampliando el alcance de la liberalidad, con facultad de disposición. Es significativo, a este respecto, que, en función precisamente de que la constitución de este tipo de usufructo tiende a asegurar la subsistencia, mientras viva, de una persona cuyos medios económicos pueden no ser suficientes a lo largo del tiempo, el derecho alemán conozca en concreto una figura parecida o afín calificándola sus juristas como «derecho de sustento».

Aunque la constitución del usufructo con facultad de disposición es habitual en el ámbito de las determinaciones negociales *mortis causa*, y será considerado más adelante con alguna amplitud en este contexto, puede también tener lugar por acto gratuito concluido entre vivos y, desde luego, está claramente autorizada en este ámbito por el sentido del art. 467 del Código civil, en el que se describe conceptualmente el derecho de usufructo y dentro de cuyos términos es perfectamente procedente la constitución *inter vivos* de tal usufructo con facultad de disposición, ya sea ésta concedida condicionadamente («en caso de necesidad») o incondicionadamente.

7. **Previsiones negociales de prestaciones periódicas dinerarias: en particular, el contrato de renta vitalicia.** En favor de las personas mayores y con vistas a atenderles en el tramo final de su vida que ha dado en llamarse la tercera edad, pueden hacerse previsiones de prestaciones periódicas puramente dinerarias o, con una dimensión social, económica y afectiva diferente, por incluir aspectos éticos de convivencia y familiaridad, previsiones de prestaciones periódicas alimentarias. Dentro de las previsiones del primer grupo cabe aquí hacer referencia, aunque sea de modo sucinto, al contrato de renta vitalicia regulado en el Código civil, a la estipulación o promesa de renta vitalicia en el derecho navarro y a las pensiones a que se refiere, en el derecho civil catalán, la reciente ley autonómica 6/2000, de 19 de junio, de pensiones periódicas.

a) *El contrato de renta vitalicia en el Código civil.* En relación al contrato de renta vitalicia regulado en el Código civil (arts. 1802 ss. Cc.), conviene la doctrina en que tal contrato típico –puede haber también constituciones paccionadas de renta vitalicia que no se correspondan con el esquema legal, en cuyo caso se trataría de pactos atípicos– es un contrato oneroso –de manera que la constitución gratuita de la renta también supondría atipicidad– y esencialmente aleatorio. En el supuesto más habitual de la constitución onerosa de la renta vitalicia contra la entrega de un capital, consistente en bienes o dinero, se establecería una relación sinalagmática en la que la corresponsividad de las prestaciones habría lógicamente de comportar la obligación de saneamiento en relación a los bienes ordinariamente entregados por quien, a cambio, recibe la pensión.

Cabe, en todo caso, que el contratante de la renta y pagador del capital sea persona distinta del pensionista, en cuyo caso se estaría ante un contrato a favor de tercero de los contemplados en el art. 1257.2 del Código civil. Junto al pagador del capital y al perceptor del mismo y deudor de la renta, el elemento subjetivo de la relación se completa con el pensionista o acreedor de la pensión, que puede ser o no, según se ha indicado, el pagador de la pensión o una tercera persona y que puede tener derecho a percibirla durante la vida de una o más personas determinadas (art. 1802 Cc.), siempre que, estando vivas, no padezcan enfermedad que llegue a causar su muerte dentro de los veinte días siguientes a la celebración del contrato (art. 1804 Cc.).

En el aspecto objetivo, son elementos de la relación de renta vitalicia el capital –que, si es onerosa, se paga para que la pensión se deba– y la propia pensión a satisfacer. En cuanto al capital, puede tratarse, en general, de cualquier activo patrimonial y consistir, por tanto, en el dominio cedido de bienes muebles o inmuebles, pero también en otra contraprestación, como, por ejemplo, la constitución de un censo, de una servidumbre o de un usufructo o, también, en una ventaja hecha a través de una renuncia, de una transacción o de una cesión de crédito.

El otro elemento objetivo de la relación contractual de renta vitalicia es la pensión, cuya satisfacción constituye una obligación de tracto sucesivo de periodicidad en principio anual, si bien puede pactarse libremente que el pago se realice fraccionadamente por unidades de tiempo menores, como por ejemplo, mensualidades o semanas. En relación a la efectividad de la pensión, se ha suscitado alguna polémica en cuanto a la deuda que la misma supone y a la responsabilidad, más o menos apremiante, que la misma, entraña –en definitiva, por razón de la precisión del art. 1802 del Código civil, que se refiere a la «carga de la pensión»– afectante al capital. Se ha sostenido por algunos que, en relación al pago de la pensión, debe entenderse que existe una afección real sobre las cosas integrantes del capital cuya entrega es corresponsiva de la deuda en

que el deber de pagar la pensión consiste, si bien en la práctica se haría muy difícil dar efectividad a esta idea de afección, al menos en cuanto a los bienes del capital entregado de naturaleza mueble; para otros, la obligación del pago de la pensión se incardinaría en el concepto más amplio de un derecho real *in faciendo*, que comportaría para el pretensor del *fare* del pago de la pensión una facultad de realización de valor de las cosas percibidas con cuya transferencia se corresponde la obligación de pagar la pensión; para otros, todavía, la obligación de pagar la pensión tendría el carácter de obligación *propter rem*, que, por tanto, seguiría a la cosa entregada como correspectivo de la obligación en cuestión; para otros, finalmente, del art. 1802 del Código civil, formulado sin mayores pretensiones técnicas, no se desprendería en relación a la obligación del pago de la pensión una carga real específica sobre los bienes entregados a cambio, pudiéndose invocar a este propósito la Resolución de la Dirección General de los Registros de 31 de mayo de 1951.

La relación de renta vitalicia se constituye mediante la conclusión del contrato correspondiente, del que, sin embargo, se discute su naturaleza real, según podría apreciarse a la vista de la redacción del art. 1802 del Código civil, o puramente consensual. En favor de esta segunda opción militan, sin embargo, numerosos argumentos como el de que, pese a cuanto dice el citado precepto, el contrato no requiere necesariamente, para su constitución, la entrega de la posesión de determinados bienes o su transmisión, como el de que la contraprestación a la pensión podría consistir en la cesión de una acción reivindicatoria o como, finalmente, aunque acaso con menos fuerza argumental en el caso concreto, el de que un precepto fundamental del Código civil, como su art. 1255, consiente contratar aunque no haya de inmediato una entrega de bienes actual.

El derecho a la pensión o renta vitalicia es de carácter negociable, cedible (art. 1112 Cc.), vendible y, por tanto, embargable, según también resulta, interpretado *a contrario*, del art. 1807 del Código civil. Puede ser objeto de aseguramiento, entendiéndose ordinariamente que la vía más adecuada del mismo podría ser la del art. 158 de la ley hipotecaria.

El derecho a percibir las pensiones vencidas prescribe, como todos los que se refieren a prestaciones periódicas, a los cinco años (art. 1966, 3º Cc.) y el derecho a la pensión, por no tener un plazo prescriptivo especial, a los quince años (art. 1964 Cc.). Por lo demás, el derecho se extingue, asimismo, por la muerte de la persona en relación a cuya vida se contrató la renta, que normalmente será el pensionista, pero que también puede ser una persona distinta cuya vida se contempla precisamente en orden a que la atienda quien percibe la pensión. En relación a esta extinción, un caso controvertido es el de la muerte del pensionista sin que, en cambio, muera la persona sobre cuya cabeza se constituyó la renta, problema que, en realidad, entraña una *quaestio voluntatis*, en cuya

valoración interpretativa alcanza sin duda relieve el carácter oneroso o, por el contrario, gratuito de contrato en que la renta vitalicia se estipula.

b) *La renta vitalicia en el derecho navarro.* Por su parte, la ley 520 del Fuero nuevo o Compilación del derecho civil de Navarra contempla la estipulación o promesa de renta vitalicia y el contrato de renta vitalicia propiamente dicho, establecido a cambio de una cesión de bienes y por el tiempo que se fije por las partes, por el de la vida del acreedor o por el de la vida de un tercero. En relación a estos supuestos de renta vitalicia son de plantear problemas paralelos a los que suscita la regulación ahora examinada del Código civil, por lo que, a los efectos de esta modesta intervención, serán suficientes estas breves y someras referencias al derecho civil navarro.

c) *Las pensiones periódicas en el derecho catalán.* El derecho civil de Cataluña ha conocido, desde antiguo, algunas figuras de pensiones periódicas de tipo obligacional –distintas, por tanto, de las que, con carácter real, configuran los censos enfitéutico o vitalicio y que se regulan, en el derecho de aquel territorio, en la ley de censos 6/1990, de 16 de marzo– que, bajo las denominaciones de censal y de violari, pueden sin duda ser aprovechadas como medios para procurar una cierta seguridad a las personas mayores que puedan ser sus beneficiarias. Estas figuras de pensiones periódicas dinerarias, hasta hace poco regidas por los arts. 330 a 335 de la Compilación de derecho civil de Cataluña de 1960, reformada para su adecuación a la Constitución mediante la ley de 20 de marzo de 1984, se encuentran disciplinadas ahora por la reciente ley autonómica catalana 6/2000, de 19 de junio.

Por lo que se refiere al censal, el mismo constituye una pensión periódica pagadera en dinero que se debe indefinidamente a una persona y sus sucesores a cambio de un capital que se recibe y que se puede constituir mediante contrato, donación hecha por tercero o legado. La pensión en que el censal consiste puede, desde luego, garantizarse con fianza o hipoteca y asegurarse el poder adquisitivo que la pensión tiene inicialmente mediante las oportunas cláusulas de estabilización.

Aunque el censal tiene naturalmente el carácter de indefinido, es sin embargo redimible mediante capitalización, si bien puede pactarse su irredimibilidad por cierto tiempo.

El violari, al que la ley llama ahora también pensión vitalicia, es, en cambio, una pensión que puede constituirse onerosa o gratuitamente en favor de una persona durante la vida de una o de varias otras personas. En el caso de que la constitución sea onerosa, ya sea el acreedor de la pensión o un tercero quien entregue los bienes o el capital correspondiente, habrá lugar, naturalmente, a la obligación de saneamiento.

El acreedor de la pensión, que puede sujetarse a una cláusula de estabilización y asegurarse mediante garantía personal o real, tiene derecho a

percibirla por el tiempo pactado o, en su caso, hasta un momento anticipado al considerado como final y la falta de su pago le habilita para pedir la resolución del contrato.

El derecho a percibir la pensión se extingue por muerte de la persona en cabeza de la cual aquélla se constituye o por redención instada por el pagador de la pensión.

8. Previsiones negociales de prestaciones periódicas alimentarias: el contrato de vitalicio. A diferencia de las figuras anteriormente examinadas, en que las percepciones que eventualmente pudiera corresponder percibir a una persona mayor se concretarían en unas cantidades de dinero pagaderas periódicamente, también pueden considerarse como figuras dirigidas útilmente a la protección de las personas mayores ciertas prestaciones periódicas alimentarias, que, en su caso, pueden alcanzar, según es deseable en relación a personas que requieren una atención especial, dimensiones convivenciales y de carácter afectivo que pueden revestir gran interés a los fines de las preocupaciones que subyacen en esta modesta intervención. A estos efectos, se examinan en este apartado, con independencia de cualesquiera pactos sobre alimentos que pudieran convenirse al amparo del art. 1255 del Código civil, el contrato de vitalicio, examinado, como atípico, en el contexto del Código civil, y el contrato típico de vitalicio regulado en el derecho gallego.

a) *El contrato de vitalicio concluido en el ámbito normativo del Código civil.* El contrato de vitalicio, surgido como modelo contractual en la vida social pero todavía no tipificado por el ordenamiento civil de aplicación general, es un contrato oneroso, en el cual se pacta la entrega de unos bienes a cambio de una prestación de alimentos de por vida –de habitación, alimentos y asistencia médica habla la sentencia de 6 de mayo de 1980 y de asistencia, cuidados y servicios la de 1 de julio de 1982–, atípico, en cuanto distinto del contrato tipificado de renta vitalicia, y aleatorio, en cuanto que su efectividad temporal depende de la vida del beneficiario de la alimentación en él prevista.

En relación a esta figura jurídica se ha establecido una interesante discusión acerca de su naturaleza por relación al contrato de renta vitalicia, puesto que si muchos propenden, como se ha sugerido, por su diferenciación y autonomía respecto del contrato de renta vitalicia regulado en los arts. 1802 y siguientes del Código civil, otros defienden que no se trata más que de un subtipo de éste.

En favor de la autonomía del llamado contrato de vitalicio militan, como se sabe, no pocos argumentos, como el ser la prestación alimenticia, a diferencia de la dineraria, esencialmente variable en función de las necesidades del alimentista y tener un carácter mixto de dar y de hacer y de proporcionar tanto cosas como atenciones, aspectos que, para afirmar

la distinción del contrato de vitalicio respecto del de renta vitalicia, no ha dejado de tener en cuenta la jurisprudencia en sentencias tales como las de 30 de noviembre de 1987, 3 de noviembre de 1988, 8 de mayo de 1992 y 2 de julio de 1992 o la doctrina de la Dirección General de los Registros en la resolución de 26 de abril de 1991, a tenor de la cual –con clara diferenciación de lo que significa un contrato de renta vitalicia de prestación periódica dineraria– «la calificación que corresponde a un contrato por el que una de las partes recibe de otra un capital o unos bienes determinados a cambio de lo cual se obliga a darle alojamiento, manutención y toda clase de asistencia y cuidados durante toda la vida, no es la de donación o renta vitalicia, sino la de un contrato autónomo, innominado y atípico al que se viene conociendo como ‘contrato vitalicio’ o de pensión alimenticia o también de alimentos vitalicios». No faltan también, sin embargo, quienes se muestran en contra de esta consideración autónoma, respecto del contrato de renta vitalicia, del llamado contrato de vitalicio, calificado en alguna ocasión por la jurisprudencia como mero subtipo de éste (así, sentencia de 1 de julio de 1982), si bien esta tesis encontraría la dificultad de aplicar, por analogía, a este contrato de vitalicio, en cuanto subtipo del de renta vitalicia, preceptos como los arts. 1804 a 1806 del Código civil.

El contrato de vitalicio puede resolverse, en todo caso, a voluntad del alimentista, aunque esta facultad debe actuarse según las reglas de la buena fe, de acuerdo con lo que expresa la sentencia de 28 de mayo de 1965.

b) *El contrato de vitalicio en el derecho gallego.* Los arts. 95 a 99 de la ley 4/1995, de 24 de mayo, de derecho civil de Galicia regulan el contrato de vitalicio como contrato típico, oneroso y, salvo pacto, aleatorio, por el cual una o varias personas se obligan a prestar a otra u otras, a cambio de la cesión o entrega de bienes, alimentos, ayudas y cuidados, incluso afectivos, y a procurarle una cierta calidad de vida. Este contrato cuyo contenido puede comprender una prestación, como se ve, de carácter múltiple, ha de formalizarse necesariamente mediante documento público.

La relación alimenticia, claramente utilizable en favor de personas mayores, puede, sin embargo, resolverse a instancia del alimentante, con un preaviso de seis meses, teniendo en tal caso derecho a la mitad de las ganancias obtenidas con su trabajo. Por su parte, el contrato podrá ser rescindido por el alimentista si el alimentante observare respecto de él una conducta gravemente injuriosa o vejatoria, si incumpliere total o parcialmente la obligación alimenticia, si no atendiese al alimentista en lo necesario de acuerdo con la posición social y económica de las partes o de alguna manera incumpliese el alimentante lo pactado. Si hubiera lugar a la rescisión contractual, el alimentista deberá en todo caso satisfacer los gastos ocasionados, que podrán ser objeto de compensación total o parcial con los frutos percibidos de los bienes cedidos.

9. **Las formas privadas de previsión social.** Dentro de las determinaciones negociadas *inter vivos* de carácter patrimonial, alcanzan una importancia creciente –y, en este sentido, pueden rendir una indudable utilidad desde el punto de vista de la protección de las personas mayores– las formas privadas de previsión social, a través de las cuales se pueden encontrar fórmulas que aseguren el bienestar de las personas de la tercera edad. En este apartado sólo podemos citar, por vía de somera referencia, y sin entrar en su regulación ni en los importantes aspectos fiscales que las figuras a relacionar presentan, a la contratación de seguros privados, a la adscripción a mutualidades de previsión social y a la suscripción de planes y fondos de pensiones.

III. DETERMINACIONES NEGOCIALES *MORTIS CAUSA* DE CARÁCTER PATRIMONIAL

10. **La institución de heredero a favor del cónyuge.** En el caso de matrimonios sin hijos esta determinación negocial es bastante usual y mediante la misma se procura que el cónyuge superviviente goce por el tiempo que le reste de vida de la mayor seguridad en cuanto a su sustento y al disfrute de la asistencia que le será necesaria. De hecho, este tipo de previsión negocial, que con frecuencia se denomina usualmente, como de «testamento del uno al otro», es la modalidad testamentaria mayoritaria de ciertas zonas de nuestro país como, por ejemplo –en este caso favorecido por las modalidades propias del sistema sucesorio catalán–, de la conurbación metropolitana barcelonesa.

El asunto se complica, obviamente, cuando existen descendientes legitimarios, dependiendo en este caso las previsiones que se pueden tomar en el momento de hacer testamento de que la libertad de testar sea más o menos amplia o restringida, de que el sistema legitimario sea más o menos rígido y de que sea mayor o menor la parte de libre disposición: en definitiva, de que la legítima sea formal o material, de que sea larga o corta y de que constituya una *pars bonorum* o una *pars valoris bonorum*. Personalmente, propendo no sólo a una flexibilización de la legítima sino también a una muy amplia libertad de testar, y ello por consideraciones de tipo sociológico que se cifran, fundamentalmente, en la creciente prolongación de la vida de las personas, en la creciente circunscripción de la extensión de la familia que da a la misma un carácter nuclear y en la habitualidad, seguramente creciente, del internamiento de las personas mayores en residencias geriátricas.

La institución de heredero a favor del cónyuge superviviente puede llevarse a cabo, en los sistemas en que ello es posible, a través del testamento mancomunado y, en aquellos otros en que éste no se admite, me-

diante los llamados testamentos «cruzados». También podría utilizarse, donde sea posible, –así, en Cataluña, a tenor del art. 99 del Código de sucesiones–, el llamado contrato sucesorio o heredamiento mutuo, o bien aprovechar testamentariamente el llamado fideicomiso de residuo –previsto en algunos ordenamientos, como en el catalán, en el art. 243 de su Código de sucesiones– que consentiría al cónyuge primer heredero o fiduciario gastar cuanto necesitase del patrimonio recibido y que ha de traspasar a los siguientes herederos o fideicomisarios.

11. La institución en favor del cónyuge viudo de un usufructo universal. Independientemente de que a veces los ordenamientos civiles españoles prevén, en general, como en Aragón y Navarra, o en caso de sucesión intestada concurriendo con hijos y descendientes, en Cataluña un usufructo legal universal en favor del cónyuge viudo, una previsión voluntaria de tal naturaleza es también posible en Baleares, a través de la llamada cautela sociniana, en Galicia –a tenor de las variadas previsiones de los arts. 118 a 127 de la ley 4/1995, de 24 de mayo, de derecho civil gallego y en Cataluña, ya sea en capítulos matrimoniales (art. 24 del Código de familia), en heredamiento o contrato sucesorio (art. 69 del Código catalán de sucesiones, relativo al llamado «usufructo de regencia» de gran amplitud y contenido), o mediante legado (art. 304 del Código de sucesiones), con posible relevación de afianzar y concesión de la facultad de disposición, en cuyo caso estaríamos ante una figura semejante al fideicomiso de residuo.

Más dudoso es que una previsión de este tipo se pueda establecer en favor del cónyuge viudo en el sistema del Código civil, en cuyo ámbito, sin embargo, no pocos lo consideran viable a través de la llamada cautela sociniana, lo que conllevaría una reducción en su caso de la legítima, sobre todo en cuanto que el Tribunal Supremo parece presuponer su transcendencia en sentencias como las de 23 de marzo de 1929 y 30 de enero de 1990, en cuyo examen no es posible entrar en esta ocasión. Es de tener en cuenta, por lo demás, que, cuando una previsión del tipo ahora señalado ha tenido lugar, muy pocas veces ha sido objeto de discusión e impugnación.

Al margen de la concesión de un usufructo universal en favor del cónyuge viudo, una previsión de tal tipo en favor de cualquier persona se contempla en la ley 250 de la Compilación de Navarra, en la cual dicho beneficio se puede acordar con relevación de fianza y de inventario y concediendo al usufructuario facultad de disposición.

12. Otras posibles previsiones testamentarias eventualmente utilizables en favor de personas mayores. En este sentido podría aquí aludirse al legado de cosa simple, al legado de dinero, al legado de renta o

de pensión, al legado de alimentos, al legado de usufructo, etc., en general admitidos tanto en nuestro Código civil como en nuestros diferentes ordenamientos particulares.

Dentro de este apartado y, en relación al legado de cosa simple, es interesante hacer referencia al supuesto de que el mismo sea instituido con facultad de disposición de la cosa legada en favor del legatario, lo que dotaría a la persona anciana eventualmente beneficiaria de dicha facultad de una más amplia ventaja económica.

El usufructo con facultad de disposición no está ciertamente admitido de manera expresa en el Código civil, pero parece que fácilmente puede entenderse comprendido en la amplia definición que para el usufructo se desprende de su art. 467, además de que lo admite sin mayores problemas –así, por ejemplo, en la sentencia de 9 de octubre de 1986– la jurisprudencia.

La facultad de disposición se puede conceder condicionadamente –por ejemplo, sólo en caso de necesidad– o libremente, pero, en todo caso, deberá interpretarse restrictivamente, de modo que, si únicamente se habla de disponer, parece que debe restringirse a los supuestos de disposición *inter vivos* y, si se hace referencia a «vender», parece que no debe comprenderse también «donar». En todo caso, el usufructo con facultad de disposición es una figura cercana, según ya se ha advertido antes, al fideicomiso de residuo, del cual, sin embargo, le separan algunas diferencias que lo distinguen, tal como han puesto de relieve –sin que ahora sea posible extendernos sobre esta cuestión– la sentencia de 9 de diciembre de 1970 o la resolución de 2 de diciembre de 1986.

13. Beneficios testamentarios de otro tipo. Todavía en favor de personas mayores se podría pensar en otras ventajas ordenadas a su protección y asistencia y establecidas en un testamento. Piénsese, por ejemplo, en el modo testamentario de atender y cuidar cuyo beneficiario fuera una persona mayor o la condición testamentaria de acompañar o visitar que igualmente pudiera establecerse en favor de personas de la tercera edad. En estos casos, sin embargo, la ventaja prevista podría tener, aparte de un carácter estrictamente patrimonial, también, y acaso más frecuentemente, un carácter mixto o un carácter exclusivamente personal.

IV. DETERMINACIONES NEGOCIALES *TRANS MORTEM* O CON EFECTO PATRIMONIAL *POST MORTEM*

14. Los negocios *trans mortem* en beneficio posible de personas mayores: el contrato de seguro de vida. A diferencia de los negocios *mortis causa* –como el negocio jurídico testamentario definido en el art.

667 del Código civil-, en que la consideración de la muerte conforma la causa de los mismos, en los negocios *trans mortem* o con efecto *post mortem* la muerte alcanza únicamente relieve como referencia circunstancial de sus efectos. No es posible, en esta sede, hacer un examen pormenorizado de ambas categorías negociales, cuyas diferencias conceptuales y estructurales han sido puestas de relieve, sobre todo, por la doctrina italiana.

Entre dichos negocios *trans mortem* concluíbles en utilidad de personas mayores puede encontrarse, sin duda, el contrato de seguro de vida en el que el tomador del mismo sea el alimentante del anciano y, en previsión de su posible muerte, quiera asegurar la subsistencia de la persona mayor designándole como beneficiario del seguro.

15. Las compras con pacto de supervivencia en el derecho civil catalán. Previstas en los arts. 44 a 46 del Código catalán de familia, las compras con pacto de supervivencia pueden tener una interesante significación respecto de la asistencia y protección de las personas mayores en cuanto que a través de las mismas se intenta beneficiar al cónyuge viudo sobreviviente.

La figura puede surgir del pacto añadido a la adquisición conjunta de un bien por parte de esposos que se encuentran ligados por el régimen matrimonial legal catalán de separación de bienes, mediante el cual ambos convienen que, a la muerte de uno de ellos, la propiedad del bien adquirido pase íntegramente al esposo que sobreviva. En este sentido, el mencionado pacto se puede considerar, a la vez, como un correctivo de la rigidez del régimen matrimonial de separación de bienes y como alternativa, respecto de la mitad del bien adquirido por el esposo premuerto, a la sucesión *mortis causa*.

La adjunción a la compra del pacto de supervivencia supone el sometimiento del bien adquirido conjuntamente por los esposos a un régimen particular que –establecido, como es fácil de comprender, para la efectividad de la adquisición de la propiedad íntegra del bien por el esposo sobreviviente– mucho se asemeja al régimen que es propio de la denominada comunidad germánica. En efecto, el bien comprado conjuntamente por marido y mujer no se puede enajenar ni gravar sino por acuerdo de ambos esposos, ninguno de ellos puede transmitir su parte, ni tampoco se les consiente pedir la división del bien objeto de la compra.

El pacto de supervivencia, que es incompatible con un heredamiento que contuviera previsiones en sentido distinto, da lugar a la adquisición por el cónyuge superstite, a la muerte del otro, de la totalidad del bien en cuestión, si bien tal beneficio habrá de tenerse en cuenta a los efectos de la determinación, en su caso, de la legítima y, desde luego, de la cuarta marital.

El pacto de supervivencia pierde su eficacia o se extingue por acuerdo de los interesados, por renuncia del superviviente, en los supuestos de crisis matrimonial y en caso de embargo. Este último aspecto, así como el anteriormente señalado de haberse de tener en cuenta el pacto de supervivencia a los efectos de la legítima, sugieren que la regulación positiva de esta determinación negocial salva en todo caso los intereses de acreedores y legitimarios de los esposos. ■