

LA PROTECCIÓN DE LOS MAYORES EN EL DERECHO CIVIL

*Discurso leído el día 22 Octubre de 2004
en el acto de recepción como Académico de Número, por el*
EXCMO. SR. D. JUAN ROCA GUILLAMÓN

y contestación del

EXCMO. SR. D. EMILIO DIEZ DE REVENGA



MURCIA
2004

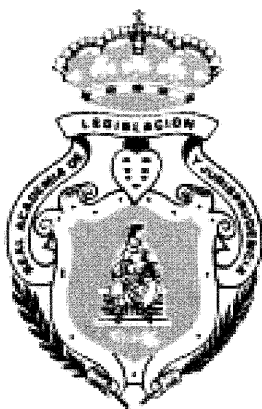
**LA PROTECCIÓN DE LOS MAYORES
EN EL DERECHO CIVIL**

LA PROTECCIÓN DE LOS MAYORES EN EL DERECHO CIVIL

*Discurso leído el día 22 Octubre de 2004
en el acto de recepción como Académico de Número, por el*
EXCMO. SR. D. JUAN ROCA GUILLAMÓN

y contestación del

EXCMO. SR. D. EMILIO DIEZ DE REVENGA



MURCIA
2004

Copyright ©: Juan Roca Guillamón

Edita: Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia

c/ Madre de Dios nº 2, 9º B. Tfno. 968 213 332

I.S.B.N.: 84-95549-23-9

Depósito Legal: MU-1890-2004

Printed in Spain - Impreso en España

I.-Introducción: la vida como interés básico de las personas.	13
II.-Los alimentos entre parientes: reciprocidad y modo de prestación.	18
III.- El vitalicio. El nuevo contrato de alimentos en el Código civil. ...	23
IV.-Las situaciones convivenciales de ayuda mutua.	38
V.-Los pactos de acogimiento de personas mayores.	51
VI.-La revocación de donaciones por ingratitud.	63
VII.-La delegación en el cónyuge supérstite de la facultad de distribuir y mejorar.	68
VIII.-La indignidad para suceder.	89
IX.-El cónyuge supérstite y el ajuar familiar.	91
X.-La autotutela o facultad de designación del propio tutor futuro.	94
XI.-Las relaciones entre abuelos y nietos en las crisis matrimoniales.	106
Bibliografía citada	115
Contestación del Excmo. Sr. Don Emilio Díez de Revenga	121

*Sr. Presidente,
Excmos. Sres. Académicos,
Señoras y Señores, compañeros y amigos todos:*

El deber que me impone el nombramiento como miembro de esta dignísima Corporación supone un alto honor, pero también la responsabilidad de reclamar vuestra atención durante unos minutos. Si en estos momentos tuviera yo la certeza de poder lograrlo con un grado de calidad científica semejante a la acreditada en estos mismos estrados por anteriores académicos, me encontraría más tranquilo ante la dificultad de cumplir con esa difícil misión.

Pero vuestra generosidad al proponerme para esta vacante presuponía también vuestra benevolencia de juicio, y por ello puedo comparecer hoy en la confianza de que vuestra experiencia, paciencia y erudición, unidas al recuerdo de la sabiduría de aquellos que fueron mis maestros, y de tantos de los que aquí nos reunimos, me ayudarán a cumplir, con toda la seriedad y rigor de que sea capaz, con éste para mí tan emotivo y, por ello, aún más embarazoso encargo.

D. Manuel Batlle Vázquez, D. Antonio Reverte Moreno, D. Enrique Martínez Useros, D. Rodrigo Fernández de Carvajal y tantos otros, ya no pueden acompañarnos hoy, en esta tarde, en este acto; pero sí su espíritu y su ejemplo: su amor a la Universidad y al Derecho. Por eso, con gusto y con orgullo, vengo hoy a esta Excelentísima Corporación en la confianza de que seréis capaces de suplir con vuestra finura jurídica la humildad de mi pensamiento y de mi discurso.

Vuestro afecto, además, me depara la oportunidad de poder ostentar en esta señera Corporación, que hoy me acoge, la misma medalla que un día correspondiera a mi propio padre, Juan Roca Juan, quien fuera mi maestro en el Derecho y también mi maestro en la vida, a quien debo cuanto soy. Y ello acrecienta aún más, si cabe, mi profundo agradecimien-

to a todos vosotros, académicos, que fuisteis sus compañeros y amigos

Agradecimiento que en este momento quiero también mostrar públicamente a mi mujer, Regina, hábil jurista, avezada en los vericuetos del Derecho vivo, y maestra del sentido común y de la paciencia; y a mis hijos, Juan Ignacio, Alfredo y Javier, con quienes compartimos una vida familiar plena y a los que esperamos haber sabido transmitir un sentido ético de la existencia.

He elegido como argumento de disertación uno, el de la protección de los mayores desde la perspectiva del Derecho Civil, que espero desarrollar sin agotar vuestra paciencia con disquisiciones y tecnicismos en demasía, que sin duda serán inevitables en el texto impreso, pero espero que en menor medida que si me hubiera decidido por alguno de los otros temas que también preparé con esta misma finalidad, desde que hace demasiados años ya, me distinguisteis con vuestra generosa propuesta de ingreso en la Academia.

Es ésta de la protección de los mayores cuestión que exige a la sociedad abordar sus problemas con carácter interdisciplinario. Pero ello no impide encontrar un flanco importante a esta auténtica clave de bóveda del ordenamiento jurídico-privado, el Derecho civil, que constituye la disciplina a la que he dedicado toda mi vida profesional, y cuyo estudio siempre se muestra inagotable. En cualquier caso, nadie podrá negar que es éste asunto que permite ser calificado como de actualidad y de interés general, pues no cabe duda que las cuestiones que a todos nos afectan son las que, individual y colectivamente, más nos preocupan.

He estructurado el estudio que sigue alrededor de una serie de temas en los que creo que puede apreciarse una ratio legis común: proporcionar a quien lo necesita en un momento de su vida, un instrumento o mecanismo de defensa de intereses concretos que, amenazados en el contexto de fragilidad que tantas veces acompaña a las personas en edad avanzada, pueden encontrar en las previsiones de la ley un cierto remedio a sus temores o a su desventura; y ello sin salir de los cauces del Derecho Civil. El método seguido es, pues, bien sencillo, aunque exige un esfuerzo de rastreo e investigación de preceptos o instituciones en los que cabe descubrir la preocupación del legislador por el amparo de intereses, situaciones o bienes jurídicos en las que con mucha frecuencia, aunque no necesariamente siempre, personas mayores pueden demandar una protección específica o preferente.

Desearía advertir, por último, que he preferido mantener, incluso en el texto escrito, el tono de discurso propio de estos actos, sin introducir más apartados que los correspondientes a los epígrafes generales de los temas de los que me ocuparé, y buscando sobre todo el encadenamiento lógico entre frases, sin más notas y citas que las imprescindibles para apoyar algunas opiniones que se recogen en él.

I.- Introducción: la vida como interés básico de las personas.

Desde un punto de vista biológico, el primer bien que toda persona posee es su propia vida. De ahí el primordial interés en conservarla, del que a su vez deriva que la fundamental necesidad con la que a menudo se enfrenta sea el proveerse de los medios para ello. Pues bien, este planteamiento, que tiene mucho de instintivo, encuentra su exacta correspondencia en el orden jurídico, donde la vida se nos presenta como el derecho más básico. “Todos tienen derecho a la vida” dirá nuestro texto constitucional de 1978; aunque, en rigor, la vida misma no es un derecho sino un bien o atributo del ser humano que sirve como soporte a los verdaderos derechos subjetivos.

La tutela jurídica frente a las agresiones a la vida se realiza fundamentalmente desde el ordenamiento jurídico penal; pero también, y de forma importante, se protegen desde el Derecho Civil otras proyecciones de ese derecho básico: derecho a la integridad física y psíquica, al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen, a las creaciones intelectuales, etc. Es por ello exacta la afirmación de que el Derecho Civil proporciona una serie de medios para proteger los intereses humanos más elementales desde antes de nacer hasta el momento mismo del fallecimiento, y aún después de éste.

Ciertamente no todos estos mecanismos de protección se despliegan de modo exclusivo en relación con las personas mayores. Pero no es menos cierto que algunos de ellos atienden prioritariamente al interés de personas que contemplan su vida ya desde una perspectiva más de pretérito que de futuro. Así ocurre con algunas de las instituciones del Derecho sucesorio y también con alguna institución del Derecho familiar que, como veremos, no está en absoluto reservada a los más jóvenes. Y es que resulta incuestionable que también en esa situación a la que aboca la propecta edad de que hablaba Cicerón, se mantienen los presupuestos de los que antes partíamos, pues aún mostrando menos apego por las cosas que de jóvenes nos atraían, sin embargo no por ello se tiene en menor

estima la vida que, salvo en supuestos patológicos, se aspira siempre no ya a conservar, sino a hacerlo en las mejores condiciones posibles.

De manera que, aún con temores, desilusiones y a veces percibiendo evidentes muestras de ingratitud, también las personas aún en esa edad ya avanzada, continúan casi siempre porfiando en defensa de esos intereses básicos; y es el momento en el que también el Derecho Civil (el más cercano de los Derechos, porque no en vano se ocupa de las relaciones entre las personas en sí mismas consideradas) puede brindarles alguna ayuda. Por ello, algunas de esas instituciones civiles bordean a menudo situaciones que afectan a las más íntimas fibras del ser humano y su sensibilidad respecto de los seres queridos.

En el ámbito del Código civil son diversas las manifestaciones jurídico-positivas en las que claramente se aprecia la existencia de esos componentes a los que acabo de referirme y estas son, a mi juicio, las que precisamente corresponde estudiar, sin que ello necesariamente excluya algunos aspectos de otras instituciones en los que también sea posible apreciar esa finalidad de tuición de intereses personales profundamente humanos.

Mas a estos asomos del Derecho codificado hay que añadir hoy las situaciones que derivan de algunos fenómenos propios de nuestro tiempo, que tienen su origen en un considerable alargamiento de la esperanza de vida y por tanto en un bien constatado envejecimiento de la población¹, así como el retraso en el abandono del hogar familiar por parte de los hijos, lo que a veces plantea también difíciles problemas de coexistencia.

El recurso cada vez mayor a figuras negociales de previsión de prestaciones periódicas en metálico o de carácter alimenticio (rentas vitali-

¹ La esperanza de vida en España se ha visto espectacularmente acrecentada en 33 años a lo largo del siglo XX, superando en la actualidad el umbral de los 76 años para el hombre y los 80 para la mujer. Ello significa que más de siete millones de españoles superan hoy los 65 años, lo que representa aproximadamente el 17 % de la población. Pero al conectarse este dato con el del descenso de la natalidad, que presenta en España una de las tasas más bajas del mundo, se advierte que el aumento de la proporción de los sectores de población que por edad pueden ser considerados mayores es muy superior en su conjunto (más de 100.000 personas al año) al crecimiento del resto, y resulta que el segmento que crece más rápidamente es el de los mayores de 85 años. Si a ello le sumamos otro dato, como es el de que más del 80% de la población mayor de 70 años, especialmente la femenina, goza de una salud aceptable, que le permite llevar una vida razonablemente independiente, resulta igualmente clara la tendencia al incremento de los problemas propios de los mayores.

cias, pensiones vitalicias o violarios, contratos de vitalicio, etc.) no significa más que la recuperación de viejos instrumentos de atención y asistencia, que siempre han existido y que últimamente han venido a ser puestos al día por algunas legislaciones autonómicas² y, muy recientemente, por nuestro propio Código Civil. Asimismo hemos de referirnos aquí a las llamadas situaciones convivenciales de ayuda mutua así como a los pactos de acogimiento de personas mayores, como realidades sociales que han merecido la atención del legislador catalán recientemente, pero cuyos presupuestos sociológicos se dan con toda probabilidad en el resto de España, por lo que, igual que está ocurriendo en otros países europeos, será necesario que estas cuestiones sean abordadas a no muy largo plazo.

No se agota con ello, por supuesto, la perceptible evolución de los problemas de las personas mayores, y la inadecuación de algunas de las instituciones civiles, en su actual configuración, a la atención de esas necesidades. Tal ocurre, por ejemplo, con las legítimas, donde al actual debate acerca de la conveniencia de mantener los derechos de los herederos forzosos como contrapunto a la libertad de testar, va a exigir probablemente, como paso previo, un replanteamiento de sus cuantías, que acaso hoy se muestran como sobredimensionadas, de acuerdo con la realidad social de nuestro tiempo.

Pero es que esa misma realidad de nuestros días, a la que nos estamos refiriendo, nos está mostrando ya como esa herencia de las personas mayores está, muy probablemente, y en un futuro no demasiado lejano, llamada a desaparecer. Y es que los bienes materiales con los que una persona mayor cuente habrán de ser utilizados frecuentemente como medio de subsistencia, por constituir el único patrimonio realizable que ayude a complementar las magras pensiones que tan a menudo constituyen su única fuente de ingresos.

Dicho de otra manera, el alargamiento de la esperanza de vida de los mayores está originando que las herencias de los hijos se vean no ya como algo cada vez más lejano en el tiempo, sino como algo que quizás no llegue nunca a percibirse. Y ello por una razón bien simple: porque como ahora se vive mucho, los padres, y pienso que desde luego con todo el derecho a hacerlo, disponen de sus bienes en la búsqueda de una legítima tranquilidad en esa fase de su vida en la que si no se encuentran suple-

² Contrato de vitalicio en la Ley gallega de 24 de mayo de 1995, de Derecho civil de Galicia, artículos 95 a 99; pensión vitalicia en la ley catalana de 19 de junio de 2000.

mentos financieros, sus economías no pasan de ser de mera subsistencia.

Ante ello, parece lógico que esas personas recurran, cada vez con más frecuencia, a la realización de su propio patrimonio inmobiliario, incluso en aquellos casos en que esté casi exclusivamente constituido por la vivienda habitual, para lo que, además, el ordenamiento jurídico ofrece medios sin duda ventajosos. Lo que desde luego, en conclusión, se traduce en el hecho cierto de que tales bienes no van a llegar a los hijos porque los padres los agotan - en muchos casos, literalmente, se los comen- en vida.

Así, la venta de la vivienda a entidades de crédito con reserva de usufructo, o a cambio de la constitución de una renta vitalicia; o la cesión a particulares en el marco de un contrato de vitalicio, son fórmulas que coadyuvan a proporcionar tranquilidad económica en esa alargada etapa de la ancianidad, lo que va siendo un fenómeno cada vez más extendido en esta sociedad urbana y post industrial de nuestros días.

Cabe advertir, por tanto, que junto a la perceptible finalidad de protección de las personas mayores en el derecho positivo, ya sea en instituciones arraigadas como son algunas de las que se contienen en nuestro Código civil, como otras más modernas, que a veces también van alcanzando consagración legislativa, se percibe la necesidad de evolución del papel de otras de esas instituciones que acaso están agotando su función económico social respecto de la realidad del momento histórico en que surgieron.

Pasemos, pues, a tratar de demostrar la presencia de ese propósito protector de los mayores en algunas de esas instituciones, con la advertencia de que no se trata de hacer aquí un estudio pormenorizado de cada una de ellas, sino más bien de obtener una suerte de imagen de su encaje en el sistema, desde la óptica de la función que el ordenamiento les encomienda. Con esa intención me he centrado en algunos institutos del Derecho civil, codificado o no: alimentos, vitalicio, la revocación de donaciones por ingratitud, la indignidad para suceder, la delegación en el sobreviviente de la facultad de distribuir la herencia y mejorar, la posición de los abuelos respecto de los nietos en las crisis matrimoniales de sus hijos, la atribución al cónyuge sobreviviente del ajuar familiar; y también en algunas nuevas previsiones legislativas que parecen hoy plenamente justificadas en institutos bien conocidos como la tutela.

Me referiré, asimismo, a esas ya antes mencionadas nuevas situa-

ciones a cuya regulación se ha adelantado el legislador catalán pero que constituyen supuestos que sin duda merecen también la atención de cualquier jurista porque sin duda responden a situaciones no exclusivas de aquella región: así, los pactos de acogimiento de personas mayores o las llamadas situaciones convivenciales de ayuda mutua.

Debe ser notado, antes de proseguir, que cuando hablamos de personas mayores, no necesariamente pensamos en ancianos, sino también en personas simplemente más mayores, en sus relaciones con personas generacionalmente distantes. Porque, a diferencia de lo que ocurre con los menores que, como colectivo social, tienen bien delimitado legalmente su ámbito de pertenencia (se es legalmente menor a fecha cierta, representada por la mayoría de edad) por el contrario, no se es “mayor” desde una edad legalmente predeterminada. Y es que, civilmente, no existe una fecha desde la que se adquiera la condición de “mayor” en el sentido de pertenencia a un sector de población, cada vez más numeroso, con problemas comunes, que genera una preocupación de la propia sociedad.

En este sentido, los mayores representan un colectivo social diferenciado porque son tratados como tales; pero sus fronteras temporales son difusas. ¿Se pertenece al colectivo social de los mayores por el hecho de haber sido jubilado, o de que las sienes blanqueen, o por llegar a ser abuelo, por ejemplo? Habrá que admitir entonces que la ausencia de reglas fijas determina situaciones muy dispares, y que en definitiva nos movemos en un terreno lleno de convencionalismos e influencias mediáticas. Aunque, ciertamente, a determinados efectos, sí que se tome una edad, la de sesenta y cinco años, que marca la de jubilación con carácter general, pero también para obtener concretos beneficios (tarjeta dorada de RENFE, derecho a determinadas prestaciones previstas en leyes autonómicas, etc.). Ser mayor, pues, no necesariamente significa ser viejo. De ahí, acaso, la verosimilitud de la predicción de quienes advierten que en el futuro a los ancianos los cuidarán los jubilados.

Por ultimo, hay que advertir que incluso algunas de las soluciones o propuestas que aquí se harán van dirigidas a los mayores solo desde un punto de vista estadístico, pero no necesariamente a quienes alcanzan ya una edad madura sino a todas aquellas personas que puedan encontrarse en determinadas condiciones de enfermedad que, si bien ordinariamente se desarrollan entre personas de un determinado sector de edad, no por ello deja de advertirse su cada vez más perceptible incidencia entre personas más jóvenes, por lo que instrumentos jurídicos de previsión tales como el testamento vital o la llamada autotutela, que recientemente han

merecido la atención del legislador estatal, pueden perfectamente justificarse también a edades más tempranas

II.- Los alimentos entre parientes: reciprocidad y modo de prestación.

Por “alimentos”, en sentido jurídico, se entiende la prestación que una persona tiene derecho a percibir de otra para atender a su sustento. De ahí que la obligación de la que ese deber surge se conozca como “deuda alimenticia” que sería el deber, impuesto jurídicamente a una persona, de proveer a la subsistencia de otra.

Los griegos ya advirtieron que el deber de los padres de alimentar a sus hijos menores con el tiempo se transforma en el deber inverso, es decir en el de los hijos y descendientes de dar alimentos a sus ascendientes, y tan solo se les eximía de esa obligación - aparte de cuando eran hijos de concubina - en los casos en los que el hijo no había recibido una educación conveniente, supuesto en el que el hijo, en una suerte de venganza edipiana, podía negarse a alimentar al padre.

Esa reciprocidad aparece también, siglos después, en el Derecho Romano de la época imperial, mientras que en los derechos germánicos la deuda de alimentos es una consecuencia de la propia estructura de la familia. Pero la aportación canónica al desenvolvimiento jurídico de la deuda de alimentos es decisiva, porque la propia Iglesia había desarrollado, en palabras de BUSSI, una obra altamente piadosa y profundamente humana³.

Es claro, pues, que el derecho de alimentos en sentido jurídico es una institución de Derecho familiar que se da, con carácter recíproco, entre los parientes que lo necesiten; y también entre cónyuges, aunque los cónyuges jurídicamente no son parientes pues les falta el requisito de descender de un tronco común.

Para los autores antiguos el fundamento de los alimentos residía en la caridad y en el deber de socorro que ésta impone. Esta razón tendría, pues, un contenido ético, exactamente igual que el que inspira el deber cristiano o humanitario de dar de comer al hambriento o vestir al desnudo. Sin embargo, en contra de esta idea, modernamente se piensa que tal fun-

³ BUSSI, Emilio, *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto Comune*, v. XXVII bis de los *Studi di Diritto Privato* dirigidos por ROTONDI, reimpresión de la edición de 1939, Padova, 1971, 297. Sobre el origen cristiano del instituto ROBERTI, *Il diritto agli alimenti nel diritto romano e nelle fonti patristiche*, Roma, 1935, cit. *ibidem*.

damento verdaderamente reside no en la caridad sino en el principio de solidaridad familiar, que obliga a aquellos que pueden hacerlo a atender a las necesidades de aquel miembro del grupo que los necesita para subsistir, idea que inspira la redacción del artículo 148 CC.

Pero hay que observar que aún en el estricto ámbito de la familia, a veces ese derecho no existe: así, no se da entre hermanos, cuando la necesidad es imputable al alimentista; ni tampoco entre padres e hijos, cuando la necesidad derive de la mala conducta o de la falta de aplicación al trabajo (artículo 142. 4 y 5 CC).

La prestación de alimentos es una obligación jurídica familiar, que hasta la CE 1978 coexistía con la función de beneficencia tradicionalmente desempeñada por la Iglesia y desde una época más moderna, a cargo del Estado, que empieza organizar las instituciones de beneficencia, que definitivamente se secularizan en el periodo constitucional, ya en el s. XIX (Leyes de Beneficencia de 1822 e Instrucción General de 1833). El carácter de obligación jurídica familiar es patente en las más modernas normas reguladoras de esta materia. Así, en el Código de la Familia de Cataluña, artículo 269, se establece un derecho de repetición frente al obligado por las prestaciones alimenticias pagadas por un tercero, entre los que se incluye a la Administración. Y también en Francia se articula un sistema de persecución de los bienes de los parientes obligados, cuando la Seguridad Social ha tenido que atender al anciano, pagándole una pensión o afrontando el coste de una residencia.

En efecto, desde la CE 1978 esa función de beneficencia se transforma en una auténtica obligación del Estado, que se proyecta a través de los artículos 41, 49 y 50 CE en una triple dirección: a) deber de mantener un sistema de Seguridad social; b) políticas de protección e integración de disminuidos físicos y psíquicos; y c) sistema de pensiones a la tercera edad. Estas obligaciones del Estado son independientes de las familiares según señala el artículo 50 CE, aunque a veces coexisten, según también se desprende del artículo 39 del propio texto constitucional.

Se ha consagrado constitucionalmente, pues, y ello constituye uno de los pilares del llamado Estado del bienestar, una tendencia socializadora en la protección de las personas que alcanza sus más conocidos perfiles en la universalización de la asistencia a través de las instituciones de protección social. Pero ello tiene como contrapunto una decadencia de las obligaciones familiares, porque al estar cubiertas por el Estado las necesidades vitales mínimas, los alimentos prestados en el seno de la familia

tienen un evidente carácter subsidiario, y solo se generará el deber de prestarlos en caso de necesidad no cubierta por las instituciones de previsión social.

Sin embargo, parece bastante claro que la pérdida de terreno de los tradicionales alimentos entre parientes ha sido meramente coyuntural, y que de modo paralelo al que se muestra como insoslayable ajuste del sistema público de pensiones a la realidad económica y sociológica de nuestro tiempo, terreno en el que la experiencia francesa no debiera ser ignorada, sin duda que el recurso a los mecanismos de solidaridad familiar habrá de verse necesariamente incrementado.

Desde esta perspectiva conviene recordar que la fijación de la pensión toma en cuenta los medios del alimentante y las necesidades del alimentista. Y que la causa próxima de la deuda alimenticia hay que buscarla en la ley pero también, con frecuencia, en la declaración judicial o en el negocio jurídico.

Así, los alimentos se pueden dar:

- Entre cónyuges, en las situaciones de crisis matrimonial. Es una consecuencia de la transformación de los deberes conyugales cuando dejan de cumplirse.

- Entre ascendientes y descendientes, con carácter recíproco. Durante la menor edad, conforme al artículo 154 CC. Después, según los artículos 142 a 152 CC, que establecen un catálogo de prestaciones que es igual para todas las filiaciones establecidas, y que hoy plantea problemas respecto a su duración porque los hijos se resisten a abandonar la casa familiar.

- Y entre hermanos, solo en la cuantía que la ley llama “auxilios necesarios para la vida”.

Sobre ese esquema, cabe preguntarse por qué hablar ahora de alimentos como institución de protección de los mayores. Pues, sencillamente, porque ese carácter recíproco se manifiesta hoy, como antes señalé, más frecuentemente por el alargamiento de la vida y el retraso en el abandono del hogar familiar⁴.

⁴ La tendencia a permanecer en el domicilio familiar o a salir de él mucho más tarde que en épocas anteriores no es solo una consecuencia de las circunstancias expresadas en el texto, sino que también es sin duda determinante de que estadísticamente las mujeres tengan hoy a su primer hijo como media a los 30. 4 años, lo que es efecto muy significativo de dicho retraso – respecto de la edad de los padres- en alcanzar la independencia familiar.

Ello sin perder de vista, además, los problemas que sin duda van a derivar de ese alargamiento de la esperanza de vida cuando este hecho se une a otro bien constatado como es el descenso de la natalidad, lo que podría llegar a determinar en España, como en otros países de la UE, un colapso del sistema público de pensiones hacia mediados del presente siglo.

Tales perspectivas auguran una suerte de reviviscencia de una institución, la de los alimentos entre parientes, llamada a paliar las consecuencias, paradójicamente negativas para muchas personas mayores, de ese mayor periodo de disfrute de su propia existencia. Puede, en consecuencia, decirse que los alimentos ofrecen esa aludida función protectora de los mayores en el ámbito de los debidos entre ascendientes y descendientes.

Todavía sin abandonar el contorno propio de la institución de los alimentos, los tribunales ha tenido la oportunidad de ocuparse de algún aspecto de interés desde esta misma óptica de la protección de los mayores, si bien desde la variable que representa la prestación de habitación debida a los hijos mayores de edad, que a veces se convierte en una pesada carga para los padres, lo que judicialmente se ha solventado en el sentido que seguidamente veremos, justificando, adelanto ya la solución, que se satisfaga mediante una pensión y no en el domicilio familiar.

Efectivamente, el deber que inicialmente se impone *ex* artículo 154 CC a los padres de mantener a sus hijos hasta que están en condiciones de valerse por sí mismos (momento que, en principio, se correspondería con la emancipación que determina la mayoría de edad) se transforma en un deber de alimentos a partir de ese instante y hasta que efectivamente desaparezca la necesidad que es presupuesto de la deuda alimenticia, por haber alcanzado la independencia económica. Lo que es claro que cada vez ocurre más tarde, pues los hijos han de insertarse en un mercado de trabajo con características propias, en el que la exigencia de mayor preparación, la inestabilidad en el empleo y la baja remuneración determinan ese retraso.

Conviene notar que ese deber de alimentos, que a partir de la mayoría de edad puede, como es hoy la regla, gravitar sobre los padres respecto de sus hijos que todavía precisan su ayuda económica, es consecuencia de la transformación del anterior deber de mantenimiento; pero ahora, convertido en genuina deuda alimenticia, se rige por los criterios de los artículos 142 a 152 CC. Y lo mismo, obviamente, cuando son los hijos, quienes con el devenir de los años han de atender a los padres en situación de necesidad no satisfecha a través de las instituciones de asistencia pública y, en

particular, por el sistema de la Seguridad Social.

Consecuencia de ese carácter de auténtica deuda alimenticia es que las prestaciones debidas pueden satisfacerse por aplicación de las reglas generales, y en concreto la del artículo 149 CC, según el cual es facultad del alimentante la forma de la prestación, pues se le permite optar por pagar una pensión por la cuantía que corresponda o bien satisfacerla en especie, recibiendo y manteniendo en su casa al alimentista.

Pues bien, precisamente éste es el argumento manejado en alguna ocasión por los tribunales para adoptar una medida de protección del interés de los padres ante la resistencia del hijo mayor de edad a abandonar el domicilio familiar. Se trata del supuesto resuelto por la SAP Palma de Mallorca de 23. 11. 1992 en el que el hijo, de conducta desordenada y en edad ya madura, se opone a marcharse de casa, donde hace la vida imposible a sus ancianos padres con su mal comportamiento. La Sala afirma con contundencia que desde que alcanzan la mayoría de edad los hijos no ostentan un derecho propio a convivir con los padres, razón por la que éstos pueden optar para cumplir su deber de alimentos entre satisfacerlos *in natura* manteniéndolos en su casa o mediante el pago de una pensión pecuniaria.

En el mismo sentido, sí bien en el marco de una crisis matrimonial, la SAP Barcelona de 3. 12. 1999 afirma que aunque los usos sociales y la vinculación natural de los padres con los hijos hace que a partir de la mayoría de edad la prestación de alimentos, en su faceta de procurarles habitación, se realice habitualmente en el propio domicilio familiar, ello no equivale a la consagración de ningún tipo de derecho de uso de los hijos mayores de edad sobre el domicilio familiar sino solo en la medida en que vivan con alguno de sus progenitores y, en todo caso, como partícipes del derecho que pertenece directa y personalmente al progenitor con el que viven.

Son éstas resoluciones de extraordinario interés en cuanto de manera atinada dejan las cosas en su sitio. Si la mayoría de edad determina la emancipación es claro que desde entonces el hijo ha de tener conciencia de que su derecho a que los padres le sigan manteniendo, lo que con seguridad van a hacer normalmente en las mismas condiciones que si fuera todavía menor, proviene ahora de un título distinto: el de alimentos por transformación del originario deber de mantenimiento; y por tanto su ejercicio debe enmarcarse en las mismas condiciones que ordinariamente acompañan a la prestación de alimentos en general. Es ahí donde reside el

fundamento último de las resoluciones judiciales citadas, de las que cabe destacar la contundente afirmación de que no existe un derecho del hijo ya mayor a la vivienda familiar como contenido de su derecho a alimentos, y que la prestación de habitación puede ser cumplida de manera distinta a la convivencia en dicho domicilio, y no necesariamente imponiendo a sus padres el deber de prestarla en el domicilio familiar⁵.

III. El vitalicio. El nuevo contrato de alimentos en el Código civil.

Al margen del contenido negocial que quepa asignar a determinados pactos sobre alimentos, es también posible la constitución contractual de un derecho de alimentos, tradicionalmente conocido como vitalicio o contrato vitalicio, con prestaciones múltiples, aspecto éste en el que doctrina y jurisprudencia han encontrando la más importante diferencia con la típica renta vitalicia, regulada en los artículos 1802 a 1808 del Código civil. La opinión relativamente más extendida hasta hoy⁶ es la de que el vitalicio no es una mera variante de aquella, sino que se trata de una figura distinta, autónoma, y que por tanto habría que considerar atípica. Esta última nota de la atipicidad, sin embargo, había dejado de ser exacta ya en determinadas Comunidades autónomas, como Galicia, al tiempo que en Cataluña se ha abordado más recientemente la reordenación legislativa de la materia por la Ley 6/2000, de 19 de junio, de Pensiones Periódicas, que deroga a los artículos 330 a 335 de la Compilación de 1960. Pero ha sido definitivamente el legislador estatal quien ha abordado una regulación legislativa de la figura, por primera vez tipificada en el ámbito del Código Civil.

⁵ Los problemas que en ocasiones se derivan de la prórroga del deber de alimentar a los hijos no son en absoluto nuevos. Vide LANDOLFI, "Prorogabilità dell'obbligo al mantenimento dei figli", *Rivista di Diritto matrimoniale e dello Stato delle Persone*, 1961, 227 ss

⁶ VALLET DE GOYTISOLO, "Comentario a la STS de 30 de noviembre de 1987", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (CCJC)*, 15, 1987, 408; REBOLLEDO VALERA, "El contrato de vitalicio. Especial consideración a su regulación en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia. *Actualidad Civil (AC)*, n° 39, 1996, II, 852 ss. COBACHO GOMEZ, "Comentario a la STS de 21 de octubre de 1992", *CCJC*, 30, 1992, 942 ss; últimamente, CHILLON PEÑALVER, Susana, *El contrato de vitalicio: caracteres y contenido*, Madrid, 2000. Más dudosa parece la postura de ZURITA MARTÍN, Isabel, *Contratos vitalicios*, Madrid, 2001, 26. En contra, y siguiendo esencialmente a cierto sector de la doctrina italiana, BELTRAN DE HEREDIA CASTAÑO, *La renta vitalicia*, Madrid, 1963, 132; QUIÑONERO, *La situación jurídica de renta vitalicia*, Murcia 1979, 73 ss

Se ha aprovechado para ello la ocasión que brindaba una ley sectorial, como lo es la Ley 41/ 2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, para introducir en el Código Civil, a través del artículo 12 de dicha norma, una regulación *ex novo* del que denomina “contrato de alimentos”, y cuya denominación no evita advertir con facilidad que se trata de la misma figura a la que doctrina y jurisprudencia han venido llamando por su denominación tradicional de “vitalicio” o contrato vitalicio. Desde el punto de vista de la técnica legislativa, es adecuado que se haya recurrido a los huecos dejados por los antiguos artículos del contrato de seguro, vacíos de contenido desde 1980, de modo que el así llamado contrato de alimentos queda recogido en los artículos 1791 a 1797 del Código Civil.

Pero, no obstante la novedad que representa su neófita tipicidad legal, es claro que el vitalicio gozaba ya de una tipicidad social que a la vez que le proporcionaba un *nomen iuris* respondía a unos rasgos que con carácter general le han venido atribuyendo la práctica notarial y reconociendo la doctrina y jurisprudencia consolidando así una larga práctica consuetudinaria que la nueva regulación ha aceptado en su mayor parte.

Antes de seguir adelante, y con el fin de evitar confusiones terminológicas, acaso convenga aclarar que cuando aquí me refiero al vitalicio no se trata del antiguo contrato de censo vitalicio, por el que se constituye como carga real sobre una finca que se transmite el pago de una pensión, con un resultado a medio camino entre la renta vitalicia y el censo reservativo del artículo 1607 del Código Civil, ni tampoco al violario, o derecho a una pensión a cambio de un capital en dinero⁷, sino de aquel otro contrato en cuya virtud se constituye obligacionalmente un derecho

⁷ Del griego *bioo*, vivir, derivó la expresión “vivolario”, elemento para vivir, y de ahí “violario”, o “pensión para vivir”, figura a veces llamada “censo de por vida”, pero que no es jurídicamente un censo, sino que dicha palabra equivale a pensión. El violario implica la constitución de un derecho a una pensión vitalicia a cambio de un capital que se transmite. La versión catalana de estas viejas figuras serían los llamados *violari* (cuya duración limitada a la vida del perceptor lo diferencia del censal, de vocación perpetua) y *vitalicio*, en la terminología de la Compilación de 1960. Es este último una suerte de pensión (censo “sin dominio”) que se constituye a cambio de la transmisión de una finca que queda gravada con una pensión periódica (artículo 336 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña de 21. 7. 1960) hoy regulado por la Ley de Censos de 16. 3. 1990, artículo 28, que configura el llamado *cens vitalici* como el que solamente otorga al censalista el derecho a cobrar la pensión con carácter temporal. Sobre las disparidades conceptuales de estas figuras en los precedentes de la Compilación, ROCA I TRIAS, “Comentario al artículo 336 de la Compilación de Cataluña”, en *Comentarios EDESA*, XXX, 1987, 717 ss. MIRAMBELL I ABANCÓ, *Els censos en el dret civil de Catalunya: la qüestió de l'emfiteusi (a propòsit de la Llei 6/ 1990)*. Barcelona, 1997, 334.

de alimentos cuyo contenido no se limita al pago de una pensión sino que se trata precisamente de convenir diversas prestaciones, que van desde la de alimentos *stricto sensu* a cuidados de orden físico y moral, todo ello a cambio de la cesión de determinados bienes. Es en esa pluralidad de prestaciones, en ocasiones de un fuerte contenido afectivo, y por tanto de difícil evaluación en cuanto a su cumplimiento o exacta ejecución, donde debe buscarse y encuentra la jurisprudencia la diferencia con la renta vitalicia regulada en el Código civil.

Esta figura, atípica pues, como ha quedado notado, hasta tiempo muy reciente en el ámbito de vigencia del Código Civil, y que la jurisprudencia y la mayor parte de la doctrina viene calificando como autónoma respecto de la renta vitalicia, coincide con el contrato de vitalicio gallego, de práctica consuetudinaria⁸ pero que la Ley de 24 de mayo de 1995, de Derecho civil de Galicia, tipificó por primera vez al regularlo en sus artículos 95 a 99, siguiendo en esa línea de “legalización” del Derecho consuetudinario gallego sobre la que ya se había llamado la atención a propósito de la Compilación de 2. 12. 1963. *O vitalizo* se diferencia del censal y del *violari* catalanes por su contenido, de carácter complejo en aquel, mientras que en estos sin embargo se observa que consisten simplemente en el pago de una pensión dineraria, que en el censal es indefinida, aunque redimible a voluntad del censatario y de sus causahabientes, mientras que en el *violari* (como en el viejo censo vitalicio o violario castellano) la prestación es una renta vitalicia cuya duración se limita, por tanto, a la vida contemplada⁹.

La figura que en los territorios de derecho común se ha venido calificando como vitalicio se corresponde más bien con la que en Francia se denomina *bail a nourriture*, lo que puede ser traducido por arrendamiento de alimentos o de manutención. Instrumento éste ajeno al *Code Napoleon* al que sin embargo se había recurrido tradicionalmente para garantizar el futuro material de las damas destinadas a profesar en una comunidad religiosa, ya que la Orden asume frente a ellas, a cambio de la

⁸ FUENMAYOR CHAMPÍN, s.v. “Derecho civil de Galicia”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX*, I, p. 267; REBOLLEDO VALERA, “El contrato de vitalicio...”, cit., 851 ss.

⁹ El censo de por vida castellano solo permitía su constitución en atención a una única vida, acaso por entenderse que de otro modo podía devenir en usurario, mientras que el violario catalán se podía constituir también por dos vidas. Sobre las diferencias entre censales y violarios, BADENAS CARPIO, “El origen censal del artículo 1802 del Código Civil español” en *Estudios en homenaje a la Profesora Teresa Puente*, II, Valencia, 1996, 461.

entrega de bienes que hacen en concepto de dote, la obligación de alojarlas, alimentarlas, mantenerlas y cuidarlas durante toda su vida. Figura pues de naturaleza jurídica distinta, aunque su finalidad sea semejante, al violario o censo de por vida que se define como el derecho de percibir vitaliciamente una renta en compensación de un capital que se entrega para siempre¹⁰, y que en Navarra podía crearse también en concepto de dote constituida tanto a favor de una monja como de una casada, estipulándose en la escritura o contrato que se hiciera para tomar estado el pago de los intereses de las dotes prometidas, lo que se podía asegurar con hipoteca aunque al otorgarse no hubiere entrega real de dinero¹¹. Acaso de ahí la tendencia a denominar como “violario” a la pensión anual que era costumbre dar por el poseedor de los bienes paternos a la persona que entra en religión.

Sobre la naturaleza obligacional de los contratos vitalicios ha insistido la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo desde antiguo en numerosas ocasiones (SSTS 14.11.1908, 19.11.1927, 11.4.1930, 23.11.1936), y aunque alguna sentencia parezca que lo asimila a una modalidad de la renta vitalicia típica (STS 31.7.1991) es muy mayoritaria la que lo venía configurando como un contrato atípico. En este sentido, la STS 28.5.1965 (Ar. 3172), recogiendo las indicaciones de otras anteriores, se pronunció acerca de “la naturaleza especial y compleja del contrato de alimentos o manutención plena, a prestar y recibir en régimen de convivencia entre alimentista y alimentantes...”, recalcando la STS 2.7.1992 que “al amparo de la libertad contractual las partes pueden pactar que una de ellas se obligue con respecto a la otra a prestar alimentos en la extensión, amplitud y términos que convengan mediante la contraprestación que fijen, dando lugar al denominado “vitalicio”, que no es una modalidad de la renta vitalicia de los artículos 1802 a 1808 sino un contrato autónomo, innominado y atípico...regido por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen al mismo, en cuanto no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público...”. Limitación general esta última a la que sustancialmente ya se recurrió por la STS 2.4. 1928 por la que se declaró nulo un contrato de vitalicio al haberse pactado que el pensionista, persona casada, habría de vivir con el otro contratante. Reproduce tal criterio la STS 17.7.1998, añadiendo que “al tratarse de un contrato atípico... debe tenerse en cuenta para resolver las cuestiones que plantea, que su naturaleza es la de contrato unilateral, pues solo contiene obligaciones para

¹⁰ *Enciclopedia Jurídica Española*, Seix, Barcelona, s.f., XXX, 872.

¹¹ ELIZONDO, *Novísima Recopilación de las Leyes de Reino de Navarra hechas en sus Cortes generales desde el año 1512 hasta 1716 inclusive*, 1735, Lib. III, Tit. IV, L. 19.

el demandado que se comprometió a alimentar, no le es aplicable la facultad resolutoria del artículo 1124 y el incumplimiento no puede dar lugar más que a exigir el cumplimiento...”

En realidad en estas sentencias, como en otras resoluciones del mismo tenor, al optar por la naturaleza atípica del vitalicio, como una figura *per se stante* frente a la renta vitalicia en su versión codificada, está continuamente latiendo el problema de las consecuencias jurídicas que hay que aparejar al incumplimiento de las obligaciones previstas en el marco de la situación creada en cada caso.

Así, en la STS 31.7. 1991 se utiliza este argumento de su autonomía conceptual para excluir la aplicación de la exigencia de forma pública *ad solemnitatem* del artículo 633 del Código civil, al entender que, en el caso, no se estaba en presencia de una donación sino de un vitalicio, siguiendo un razonamiento que si no deja de ser técnicamente aceptable, asimismo sugiere que se recurre a él por una mera razón de justicia material. E, igualmente, en la antes citada STS de 28. 5. 1965, como en otras posteriores, la *ratio decidendi* se encuentra en que de esa naturaleza especial y compleja que comporta el vitalicio se sigue que cuando las fricciones posibles en las relaciones humanas puedan hacer imposible o de difícil cumplimiento lo convenido, frustrando el fin lógico y consustancial a estas convenciones, se justifica la posibilidad de apartamiento unilateral sin más consecuencias que las de abonar la contraprestación pactada para tal eventualidad. Y es que, efectivamente, la posición defendida por algunos de que el vitalicio no es más que una modalidad de la renta vitalicia¹² siempre ha ofrecido entre nosotros el inconveniente de la difícil aplicación del artículo 1805 del Código civil, respecto de la falta de pago de las pensiones vencidas, dificultad que me parece que se torna en absoluta incompatibilidad respecto al criterio del artículo 1806, que resulta claramente inaplicable, sin que se vea tampoco la razón por la que habría que atenerse a la limitación del artículo 1804 de nuestro Código civil cuando establece la nulidad de la renta constituida sobre la vida de una persona que se halle padeciendo una enfermedad que llegue a causar su muerte dentro de los veinte días siguientes a la fecha del otorgamiento.

¹² BUTERA, *Del contrato vitalizio*, Torino, 1935. Más modernamente la doctrina suele distinguir entre el *vitalizio alimentare* y el *contratto de mantenimento*, uno asimilable a la renta vitalicia y el otro de perfil más o menos independiente. Sobre el tema, TORRENTE, “Rendita perpetua e rendita vitalizia”, en Scialoja- Branca, *Commetari del Codice Civile*, IV, Bologna, 1969; AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, Milano, 1984. En España, entre otros, BELTRAN DE HEREDIA, cit. ant.

Nótese también que en el vitalicio las prestaciones previstas son clara expresión de encontrarnos ante una obligación de hacer, mientras que en la renta vitalicia la prestación central proviene de una obligación de dar, cuestión esta puesta ya de relieve hace tiempo tanto por la doctrina francesa¹³ como italiana¹⁴

En todo caso, la nueva regulación ofrecida por el legislador español en la Ley 41/ 2003 no deja lugar a dudas acerca de la opción legislativa, totalmente favorable a la autonomía conceptual del nuevo contrato frente a la renta vitalicia, al dibujar unos perfiles en general coincidentes con los del así llamado vitalicio, aunque se haya huido de tan añeja denominación y se haya preferido la de contrato de alimentos, acaso tratando de superar también confusiones terminológicas de sabor más bien rancio.

Pero el legislador no solo se ha querido desmarcar de la renta vitalicia, sino que acaso también para evitar toda posible confusión respecto de la naturaleza de la figura que ahora se ofrece, que pudiera derivarse del término “alimentos” escogido, introduce una aclaración acaso innecesaria, pero que tampoco está de más, al decir en el artículo 1793 que la extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y, a falta de pacto en contrario, no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe, con lo que, sin duda, se quiere resaltar la naturaleza estrictamente contractual y extraña a los deberes de solidaridad familiar que inspiran la deuda alimenticia de los artículos 142 ss del Código civil, pues, nótese, se está excluyendo específicamente la básica regla de proporcionalidad del artículo 146 del propio Código civil.

Al mismo tiempo, y desde otro ángulo, es bastante común entre los autores afirmar que el título constitutivo del vitalicio ha de ser un contrato oneroso, aunque también hay quien admite la posibilidad de un vitalicio instrumentalizado a través de un negocio gratuito, como una donación o un legado. La cuestión no ha sido pacífica, como después se verá, sin que sea tampoco indiferente por otras razones ya que, según su naturaleza, serán de aplicación a las respectivas situaciones jurídicas creadas las reglas generales que disciplinan las obligaciones que les sean aplica-

¹³ PLANIOL-RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, XI, Paris, 1934.

¹⁴ BUTERA, ob. cit.; VALSECCHI, “La rendita perpetua e la rendita vitalizia” y “Il contratto oneroso di rendita vitalizia” en CICU – MESSINEO, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, 1961. LENER, s.v. “vitalizio” en *Novissimo Digesto Italiano*, XX, UTET, Torino, 1975. DATILLO, s. v. “Rendita” (diritto privato) en *Enciclopedia del Diritto*, XX, Giuffrè, Milano, 1988.

bles según su clase, y en particular, las que afecten a la medida del saneamiento si es que éste debiera tener lugar.

Ciertamente, de este panorama¹⁵ quizás cabe extraer como conclusión que en cada caso ha sido la intención de las partes, encauzada en la práctica a través de la intervención notarial, la que ha dado lugar a situaciones jurídicas obligatorias concretas que no siempre responden a un único esquema contractual; aunque no se puede desconocer la indiscutible existencia de rasgos o elementos básicos que al ser comunes permiten hablar con una perspectiva razonablemente unitaria de esa figura que llamamos contrato de vitalicio, o con denominación semejante, conocida por haber sido práctica consuetudinaria en muchas regiones españolas en las que había alcanzado una indudable tipicidad social y, más modernamente, también legal como ha quedado reseñado.

Asimismo, y acaso por esa canalización notarial de la intención de las partes a la que antes me he referido, tengan buena parte de razón quienes creen que en la búsqueda de esquemas adecuados a las necesidades concretas, como no es infrecuente que haya ocurrido, sean conveniencias de orden práctico las que conducen a la creación, a veces llamativamente artificiosa, de figuras negociales que se califican de novedosas, que poseen su propia causa y no responden a un modelo típico, jurídicamente innominadas por tanto, pero con las que, en definitiva, se persigue más que excluir la aplicación rigurosa de normas imperativas que no convienen al interés de alguna o de ambas partes, al tiempo que se trata de huir, todo hay que decirlo, de la inclusión en perfiles de calificación tributaria que conduzcan a un desfavorable tratamiento fiscal que muchas veces por vía indirecta, como ocurre con el tan criticado hoy Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio, termina por desaconsejar el recurso a figuras conocidas, como pudiera ser la clásica renta vitalicia, adaptada a las necesidades del caso concreto o, aún más claramente, la de la donación modal.

En esta última dirección, y a propósito de la STS 3.11.1988, en la que se trataba de un caso de cesión de fincas a cambio de una serie de prestaciones periódicas con carácter vitalicio, ha sido atinadamente advertido¹⁶ que el supuesto podía perfectamente haber sido reconducido a la hipótesis de donación onerosa, habida cuenta que es muy frecuente que se

¹⁵ SANFILIPPO, Giacomo, "Autonomia contrattuale e tutela dell'anziano nei contratti di rendita e mantenimento", *Rivista di Diritto Civile (RDC)*, 1990, 100 ss

¹⁶ CARRASCO PERERA, "Comentario a la STS de 3 de noviembre de 1988", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (CCJC)*, 18, 987 ss

plantan conflictos entre herederos por entender alguno de ellos que a través de estos negocios se están defraudando sus expectativas hereditarias. De ahí la importancia, desde este aspecto, de su calificación como contratos onerosos o gratuitos.

Por mi parte considero que ante la variedad de supuestos que la práctica es capaz de ofrecer, en éste, como en tantos otros casos, la labor de diagnóstico y calificación se muestra decisiva puesto que, admitiendo que el contrato de vitalicio, al igual que ocurre con la renta vitalicia, debe ser calificado de oneroso, cuando la realidad a la que se enfrenta el intérprete induzca a concluir que se está en presencia de una transmisión lucrativa, aunque pueda incorporar un modo o carga, la conclusión debe ser que se está ante una donación, y no ante un vitalicio, al menos en el sentido que desde un cierto conceptualismo, la doctrina construye la dogmática de esta figura, sobre la base de los datos que la jurisprudencia suministra cuando ha de resolver sobre tan variados supuestos de prestaciones periódicas a cambio de cesiones de bienes.

En conclusión, si el contrato de vitalicio debe ser considerado, al menos según su perfil más conocido, como oneroso, precisamente por tratarse de una figura hasta ahora atípica, habrá que recurrir a una delicada tarea de interpretación de la voluntad de las partes y de calificación negocial, pues la ausencia de una causa típica, en el sentido de función económica social asignada por una, por hipótesis, inexistente norma que la regulara hasta la ley 41/ 2003, ha venido determinando la imposibilidad de su asimilación a un tipo legal. Debe notarse, sin embargo, que esta dificultad - que en otros supuestos de situaciones jurídicas atípicas puede complicar extraordinariamente la tarea de calificación, pues no siempre es posible ni querido por las partes la subsunción en un tipo contractual bien definido- en el caso de la figura que nos ocupa quizás no haya sido un inconveniente tan grave; y ello por varias razones, entre las que no es la menor el contar con una larga práctica en distintas regiones españolas, singularmente Galicia y Cataluña, pero también en territorios de influencia del Derecho de Castilla, y sobre todo, en los últimos años por existir la experiencia cercana que ya proporcionó la moderna tipificación de estas figuras en los derechos gallego y catalán, que ha pretendido adecuar a la realidad de nuestro tiempo estos instrumentos jurídicos, protectores del interés de ciertas personas, con una larga práctica consuetudinaria en el caso de la ley gallega y unos importantes precedentes históricos en la catalana. Experiencia que naturalmente ha debido ser tenida en cuenta para el ámbito del Código civil por el legislador de 2003.

En efecto, la reciente introducción en nuestro Código de una regulación del ahora legalmente llamado contrato de alimentos ha seguido precisamente los pasos que doctrina y jurisprudencia mayoritarias habían venido trazando en varios aspectos, como en el de su autonomía conceptual respecto de la renta vitalicia, y en particular el carácter oneroso de la figura hoy legalmente tipificada.

En este sentido, el nuevo artículo 1791 CC describe una situación jurídica creada a partir de un contrato que llama *de alimentos* por el que “una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos.”

De manera que para poder afirmar que estamos ante un vitalicio parece preciso, como antes, que la situación se integre de relaciones obligatorias onerosas, y si esto no es así, es que no se tratará de un vitalicio sino, con casi total seguridad, de una donación modal.

Ello significa que la calificación de estas situaciones requiere discernir si efectivamente existe una notoria y real desproporción entre la entidad económica de las prestaciones a que las partes respectivamente se hayan obligado, lo que habrá de conducir necesariamente a la calificación de negocio de atribución patrimonial gratuita. Donación, pues, aunque naturalmente disimulada, bien por un contrato de vitalicio simulado, bien por algún otro negocio (compraventa) o combinación de varios de ellos dirigidos a obtener la efectiva transmisión de unos bienes a cambio de ciertas prestaciones frecuentemente personales (cuidados, compañía) que suelen ir unidas a algún tipo de prestación pecuniaria de más o menos entidad, pero que no absorbe y ni siquiera compensa suficientemente la atribución recibida. No es por tanto disparatado pensar que estas prestaciones comprometidas por el alimentante beneficiario quizás encajan mejor en la idea del compromiso de una conducta modalizada que acompaña a una atribución a título gratuito que a una verdadera contraprestación en el sentido técnico que siempre es exigible en las situaciones jurídicas onerosas¹⁷.

Quizás por ello no van del todo descaminados quienes desde una perspectiva práctica y por ello sin duda menos conceptualista, han defendido la posibilidad de un contrato de vitalicio en el que el negocio atribu-

¹⁷ Sobre el tema, CARNEVALI, *La donazione modale*, Milano, 1969. TORRALBA, *El modo en el Derecho Civil*, Madrid, 1967.

tivo de los bienes sea una donación y no una compraventa, entendiendo que las prestaciones alimenticias comprometidas a cambio debieran tener la consideración de remuneración de la liberalidad, bajo la órbita entonces del artículo 619 del Código civil¹⁸. Sin embargo lo que acaso no se advierte desde esta perspectiva es la innecesaria artificiosidad de su construcción como vitalicio, pues es mucho más sencillo calificarla como simple donación modal.

Por otra parte, y respecto de las garantías, ya antes de la nueva regulación parecía claro que el vitalicio, como cualquier otra situación jurídica obligatoria, podía ser garantizado con cualquier clase de garantía personal o real, lo que incluye desde luego la hipotecaria. Pero no es sencillo, a partir de esa inicial afirmación, llegar a conclusiones generales obviando los muchos problemas que en cada caso pueden surgir.

Así, respecto de la búsqueda de una garantía por parte del perceptor de los alimentos, ante la eventualidad de un incumplimiento sobrevenido del alimentante, que normalmente habrá cumplido previamente con su propia obligación de transmitirle los bienes a cambio de los cuales ha de recibir los alimentos, la aposición de un pacto resolutorio a través de una cláusula explícita en el contrato parece aconsejable y de uso corriente, al margen de la posibilidad de recurrir, como en cualquier contrato sinalagmático, a la facultad resolutoria del artículo 1124 del Código civil. Pero de lo que se trata precisamente es de reforzar esa garantía genérica con su constancia registral, razón por la que en la práctica notarial se ha venido recurriendo a su instrumentalización como condición resolutoria, disponiendo así de la doble posibilidad de inscripción que permiten respectivamente los artículos 9. 2 LH, y 11 de la propia Ley del Registro, si bien en este caso con las dudas que sugiere el hecho de que en ella se hable expresamente de que la condición resolutoria explícita, con cuya inscripción se pretende lograr efectos frente a terceros, se refiere precisamente a la falta de pago del precio aplazado (cfr. artículos 11 LH y 59 RH, en relación con el artículo 1504 Cc). Posibilidad que por vía analógica ha sido, no obstante, expresamente admitida por la RDGRN de 16.10.1989 y otras posteriores, con lo que el centro directivo, aunque dicha resolución se refiere a un vitalicio, contrato en el que no existe precio propiamente dicho, parece hacer suya la opinión, ya expresada antes por GUILARTE¹⁹, favorable a la posibilidad de extender por analogía el criterio

¹⁸ En este sentido DELGADO DE MIGUEL, "Perfiles jurídicos de un contrato de asistencia rural: cesión de bienes a cambio de alimentos", *Libro homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo*, V, Madrid, 1988, 178.

¹⁹ GUILARTE ZAPATERO, "Artículo 1805" en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, dir. por Albaladejo, XXII, 1º, EDESA, Madrid, 1982, 519.

del artículo 1504 CC a la renta vitalicia constituida a través de la cesión de una finca; opinión contraria en cualquier caso a la más común de que la norma del artículo 1504 es un precepto singularmente dictado para la compraventa²⁰ y no extrapolable a otros contratos onerosos.²¹

En realidad, el criterio de la DGRN puede haber sido criticable no tanto por la solución a la que ha llegado sino por el camino por el que discurre para ello, ya que frente a la consideración, seguramente más acertada, de que el artículo 1504 no es sino una variante del pacto resolutorio adaptada a las exigencias de la compraventa de inmuebles, que aconseja atemperar las consecuencias de la resolución por falta de pago del precio aplazado, se opta por considerar viable, a partir de la idea de que la compraventa es el contrato oneroso prototípico y la amplitud de los términos en que se expresa el artículo 11 LH, la extensión por vía de analogía de la norma del artículo 1504 no solo al contrato de vitalicio, sino, en principio, a cualquier otro contrato oneroso de similares características, cuando bastaba con recurrir al argumento que proporciona – y que, en rigor, también se utiliza en la antes citada RDGRN de 16. 10. 1989 así como en la de 26.4.1991- la libertad de estipulación que el artículo 1255 de nuestro Código civil ofrece como expresión de la autonomía privada en el campo de la contratación. En este sentido allana definitivamente el camino la disposición del nuevo artículo 1797 del Código civil al prever de modo expreso que cuando los bienes o derechos que se transmitan a cambio de los alimentos sean registrables, podrá garantizarse frente a terceros el derecho del alimentista con el pacto inscrito en el que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita.

Cabía, por otra parte, plantearse si bajo la anterior situación de orfandad legislativa en el ámbito del Código civil, y admitido el carácter autónomo del vitalicio, serían de aplicación las particularidades que en la legislación hipotecaria se establecen, y, en concreto, con carácter general, las del artículo 157 LH; y si resultara procedente, por ser ese el título constitutivo, las disposiciones de los artículos 88 a 91 LH y 153. 2º RH respecto del legado de rentas y pensiones periódicas. Duda que surgía porque, como hemos repetidamente señalado, el vitalicio posee esa naturaleza compleja y autónoma que ha llevado en no pocas ocasiones al Tribunal Supremo a no considerar aplicables en estos casos determinadas especialidades

²⁰ ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II, 11ª ed., Madrid, 2002, 540

²¹ MONTÉS PENADES, en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, dir. por Albaladejo, XV, 1º, EDESA, Madrid, 1989, 1211. GONZÁLEZ POVEDA, *Resolución de la compraventa de inmuebles por impago del precio*, Madrid, 1997.

propias de la renta vitalicia²². La duda ha quedado sin embargo despejada por el nuevo artículo 1797 CC, al prever expresamente la aplicabilidad de la hipoteca prevista en el artículo 157 LH. Pero ello no elimina alguna de las dudas que, creo, subsisten en este punto, donde parece difícil encajar algunas de las características de las obligaciones asumidas en virtud del contrato de vitalicio y ello exactamente igual en su reciente formulación legal- con las particularidades hipotecarias que el legislador previó para la garantía de obligaciones que consisten en el pago de rentas o prestaciones periódicas.

Así, ocurre que la prestación central del vitalicio no es necesariamente de ejecución periódica, como ordinariamente sucede cuando se establece una simple renta o pensión vitalicia, sino que más bien constituye una obligación de ejecución continuada, pues no puede entenderse de otra manera ese cumplimiento de los deberes de asistencia de todo tipo que es definitiva de la situación jurídica creada por este contrato, según dice, además, expresamente el nuevo artículo 1791 C. C., con referencia explícita a dicho deber junto al de proporcionar vivienda y manutención.

A mi juicio, desde luego ya cabía entender antes de la nueva regulación que si una de las varias prestaciones previstas en el pacto vitalicio consiste en el pago de una pensión, pudiera ésta ser garantizada con una hipoteca, a la que no parece haber inconveniente en aplicar las antes mencionadas disposiciones especiales que al respecto se contienen en la Ley Hipotecaria. Pero nótese que, en rigor, ello no sería más que una garantía hipotecaria limitada a una parte del contenido de la compleja obligación asumida como es solo aquella que se concreta en el pago periódico de una renta o pensión, respecto de la cual es posible la subrogación por el rematante en los términos del artículo 157 LH, de modo que la finca sería adquirida con subsistencia de la hipoteca y de la obligación del pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento. E igual respecto de tercero, aunque a éste no le perjudicarán las pensiones vencidas y no satisfechas sino en los términos establecidos en los artículos 114 y 115, 1º y 2º LH.

Sin embargo la garantía hipotecaria que proporciona incluso un pre-

²² En todo caso, parece que cuando se ha defendido la autonomía conceptual de la figura que nos ocupa frente a la renta vitalicia, en la práctica casi siempre de lo que se ha tratado es de evitar la aplicación del artículo 1805 del Código Civil a estas situaciones de vitalicio lo que, si en coherencia con su predicada naturaleza autónoma no debiera preocupar, por ser aquella una norma específica de la renta vitalicia, sin embargo en alguna ocasión el Tribunal Supremo, aún por puras razones de oportunidad y sin duda en la búsqueda de una solución de justicia material, la ha venido a considerar aplicable.

cepto específico como es el artículo 157 LH ha de ser, necesariamente, limitada. Tal limitación proviene no de los términos en que la LH se expresa, pues es innegable que el artículo 157 LH prevé literalmente como posible la subrogación en la obligación de pago no solo de la pensión, sino también en el cumplimiento de cualquier otra prestación prevista a la constitución del vitalicio. Pero esa posibilidad no puede ser, naturalmente, ilimitada, ya que si se trata de prestaciones de carácter personalísimo no se ve como haya de ser factible la exigencia al subrogado del cumplimiento de un hacer material, en particular cuando se trate de prestaciones que comportan además un componente espiritual o afectivo, tan frecuente en los pactos de convivencia y que desde luego forman parte habitualmente del programa contractual, según se advierte del examen de la jurisprudencia anterior y también de la dicción literal del artículo 1791 ("asistencia de todo tipo").

En cualquier caso parece oportuno observar que aún en el hipotético supuesto de que esas otras prestaciones fueran ofrecidas por el subrogado, por razón de ese mismo componente personalísimo, se requeriría la aceptación del beneficiario.

Debe notarse que la falta de claridad normativa en la disciplina hipotecaria respecto de su adecuación como garantía conveniente a este tipo de situaciones jurídicas ha venido determinando su nula utilización en la práctica y que cuando la doctrina se refiere a este tipo de hipotecas sugiere la impresión de hacerlo desde una perspectiva casi exclusivamente teórica, ya que la ausencia de un camino bien definido de cara al momento más importante de la vida hipotecaria, como es sin duda la ejecución, marca precisamente el punto de inflexión donde surgen esas sombras que derivan de la antes advertida falta de previsión normativa.

De modo que puede convenirse en que la garantía real más adecuada al cumplimiento de este tipo de prestaciones complejas debe buscarse en el modelo teórico de la llamada hipoteca de seguridad y dentro de este género y debido a la indeterminación actual de la cuantía - habida cuenta que se ignora ni cuanto tiempo durará la situación, ni cuales podrán ser las necesidades futuras del beneficiario- debe pararse la atención en la hipoteca de máximo que se muestra como el tipo mejor ajustado a las

necesidades descritas; pero ello, naturalmente siempre que se admita la existencia entre nosotros de tales hipotecas, ante la ausencia de un concepto legal positivo al modo de la *Sicherungshypothek* del Derecho alemán²³.

Mas, situados en ese escenario nos encontramos con que, de cara a la ejecución, la necesidad de determinación de la cuantía de la deuda, para así ajustar la obligación al crédito garantizado que permita acabar con la disociación propia de esta clase de hipotecas, nos sitúa ante la realidad de que a la legislación hipotecaria solo parece preocuparle la modalidad más frecuente en el tráfico empresarial como es la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito²⁴, o para ser más precisos, la hipoteca en garantía de línea de crédito instrumentalizadas bajo la formula de la llamada “apertura de crédito en cuenta corriente”. Por esa razón las normas para la determinación del saldo deudor garantizado hasta un máximo pactado están previstas desde la exclusiva condición de entidad de crédito del acreedor

²³ Modelo teórico entre nosotros en ausencia de un concepto legal en nuestra legislación hipotecaria, que la doctrina española extrapola a imagen de la figura descrita en el parágrafo 1184 BGB, según el cual la hipoteca puede ser constituida de manera que el derecho del acreedor derivado de la hipoteca (de seguridad) sea determinado únicamente por el crédito y el acreedor no pueda invocar la inscripción con el propósito de probar el crédito hipotecario: GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo, “La hipoteca de seguridad”, en *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, II, Madrid, 1948, 83 ss

²⁴ Única referencia legal a una hipoteca de esta pretendida clase, pero que, obviamente, en el art. 153 LH se singulariza como una especialidad dentro de las hipotecas voluntarias, por lo que ante la ausencia de un precepto descriptivo de carácter general, a la manera del parágrafo 1190 BGB (*Hipoteca con suma máxima. 1. Una hipoteca puede ser constituida de modo que solo la cantidad máxima hasta la que la finca responde esté determinada, y en lo demás, la determinación del crédito quede reservada. La cifra máxima debe ser inscrita en el Registro.*) la doctrina ha tenido que generalizar sus notas características para la construcción del modelo teórico de la hipoteca de máximo: RIBÓ, “La hipoteca de máximo”, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, 1925, 419 ss. GUIMERÁ PERAZA, “Hipoteca de máximo en garantía del pago de letras de cambio”, *Revista Jurídica de Cataluña (RJC)*, 1954, 139 ss. Con el mismo método operaron las antiguas RRDGRN 5.3. 1929 y 5.2.1945, y más modernamente la R. 4. 7. 1984, que con alguna matización, admitieron hipotecas de esta clase. Sin embargo, con posterioridad, la DGRN se ha mostrado contraria a su admisibilidad (RR. 23. 12. 1987, 26. 11. 1990 y 3.10. 1991). En el mismo sentido de rechazo a las hipotecas de máximo, GARCIAARANGO y DIAZ SAAVEDRA, “Patología actual de la hipoteca de máximo”, *RCDI*, 1989, 1113 ss, por considerarlas contrarias al principio de especialidad y atentatorias a la seguridad jurídica, y FERNANDEZ COSTALES, “La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito”, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil* (coord.: Nieto Carol), T. II, v. 2º, Madrid, 1996, 373., desde la perspectiva de la protección de los consumidores. V. no obstante mis consideraciones sobre la cuestión en ROCA GUILLAMÓN, “La hipoteca cambiaria”, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, cit. ant., II, 2, 296 ss.

hipotecario, como evidencia la simple lectura no solo del artículo 153 LH, sino la redacción que recibió el artículo 1435 LEC por la ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y el último párrafo del mismo precepto por la ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

Sin embargo, la LEC 2000, en la nueva regulación que ofrece del proceso de ejecución y a propósito de la ejecución dineraria prevé la posibilidad de que se despache ejecución “por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública.... siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo”(cfr. artículo 572. 2º LEC). A su vez, el artículo 573. 1. 1º LEC ordena que entre los documentos que deben acompañarse a la demanda en tales casos se incluya “el documento o documentos en que se exprese el saldo resultante de la liquidación efectuada por el acreedor, así como el extracto de las partidas de cargo y abono y las correspondientes a la aplicación de intereses que determinan el saldo concreto por el que se pide el despacho de la ejecución”, documentos que igualmente deberán acompañarse junto con la demanda ejecutiva por la que directamente se ejercite la acción (hipotecaria) sobre los bienes hipotecados (o en su caso pignorados) de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 685. 2. LEC 2000.

Asimismo, no parece ofrecer inconveniente la previsión de una transformación del contrato de vitalicio en otro de renta vitalicia para el caso de incumplimiento por parte del obligado a continuar realizando las prestaciones a que se hubiere comprometido, de manera que por esa vía, apuntada por algunos autores, se lograría al menos asegurar la subsistencia del alimentista al garantizar con hipoteca la renta periódica. Solución a la que resultaba sencillo llegar, con tal de que nos desprendiéramos de algún prejuicio conceptual, asegurando con hipoteca directamente aquella parte de la prestación compleja que consista en el pago de una pensión.²⁵ Y esta es, hasta cierto punto, la solución ofrecida por el legislador de 2003 al menos para el caso de que la situación obligatoria se frustre bien por muerte del obligado a prestar los alimentos, bien porque concurra cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia de las partes, pues se ha introducido una previsión legal de transformación de las

²⁵ En esta dirección se pronuncia AVILA NAVARRO, “Extensión de la condición resolutoria explícita en la contratación inmobiliaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (RCDI), 1994, 2601.

obligaciones pactadas en una pensión periódica actualizable, que en defecto de que así lo hayan previsto ya las partes al realizar el contrato, deberá ser fijada por el juez.

Resta añadir todavía alguna consideración respecto del violario catalán, que la ley de la Generalidad 6/2000, de 19 de junio, de pensiones periódicas, llama, de modo sinónimo, “pensión vitalicia”. Dicha norma – que, a decir de su preámbulo, trata de adecuar el derecho catalán a la realidad actual en el punto relativo a los censales y violarios, así como suplir la insuficiencia normativa de la compilación de 1960, cuyos artículos 330 a 335 viene a sustituir respecto a estos últimos, dispone respecto de las garantías ante el incumplimiento, que es válido el pacto expreso de resolución del contrato de constitución a título oneroso de la pensión vitalicia por falta de pago de las pensiones, suponiendo la resolución definitiva del contrato la restitución del capital o precio entregado previamente (artículo 15. 4º).

IV. Las situaciones convivenciales de ayuda mutua.

En la moderna sociedad industrial y urbana, el ya tan repetido alargamiento de la vida sitúa a menudo a las personas mayores en posiciones personales de dificultad, que a veces se intentan atenuar buscando fórmulas de convivencia que, como más arriba indiqué, pueden ser objeto de iniciativa pública, y cuya alternativa desgraciadamente suele ser el ingreso, y ello con suerte, en alguna institución geriátrica.

Ante esta realidad, no es extraño que las propias personas mayores hayan venido imaginando fórmulas de convivencia que les ayuden a superar estas dificultades que con frecuencia pueden ser económicas, pero también de simple aislamiento social y familiar. A estos problemas se puede atender mediante la autorregulación, es decir, mediante la articulación de una serie de pactos con otra persona, lo que hay que calificar de auténtico contrato de convivencia. Pero también es posible que la observación de la realidad sociológica aconseje abordar desde el plano legislativo la regulación de estas situaciones, de manera que, aún sin cerrar el camino a la posibilidad de ejercitar la autonomía privada, se establezcan determinadas normas que bajo criterio dispositivo, pero también en algunos extremos con carácter necesario, permitan atender a ese cada vez más amplio sector de la población.

Desde el primer punto de vista, conviene notar que bajo esta

denominación de “situaciones convivenciales”, “pactos de ayuda mutua” y otras semejantes se alude a determinadas circunstancias de convivencia entre personas que reúnen determinadas características, pero que al tiempo se pretende diferenciar de otras situaciones de vida en común que responden a razones distintas, como son las que giran alrededor del concepto de familia nuclear y de las relaciones de pareja.

Por el contrario, se trata aquí de englobar situaciones personales heterogéneas, frecuentes entre hermanos y también entre personas mayores, que comparten una vivienda y ponen en común elementos patrimoniales y o de trabajo doméstico. En consecuencia, quedan excluidas de esta noción las situaciones convivenciales entre personas unidas por un vínculo de parentesco en línea recta y las que conviven sobre la base de una relación afectiva de pareja. Ni que decir tiene que la anterior concepción es meramente convencional. Pero no puede olvidarse que es la que ha sido objeto de atención legislativa allí donde se ha querido prestar cierto reconocimiento a estas situaciones.

Y eso es precisamente lo que, una vez más, ha hecho la *Generalitat* catalana a través de la Ley 19/ 1998, de 28 de diciembre (BOE 10.2.1999) sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua (en adelante, LSCAM cat.).

Con esta denominación se alude a determinadas relaciones de convivencia entre personas que, sin constituir una familia nuclear, reúnen no obstante ciertas características, unas de naturaleza objetiva y otras personales o subjetivas.

Entre las primeras se citan dos esenciales, como son el compartir una misma vivienda y la puesta en común de elementos patrimoniales o trabajo doméstico. Respecto de las segundas, debe tratarse además de personas unidas por una simple relación de amistad o, a lo sumo, por un vínculo de parentesco colateral.

Se trata, pues, de relaciones heterogéneas, no de pareja, como las que son frecuentes entre hermanos y también entre mayores. Es justamente éste último dato el que parece haber movido a la Generalidad catalana a dar carta de naturaleza a estos grupos en la antes citada ley de 1998, según se expresa en su preámbulo.

En efecto, la referida norma posee, a decir del propio legislador, una finalidad proteccionista, para fomentar este tipo de convivencia y aportar así una solución al problema de muchas personas mayores con dificultades económicas y sociales, evitando su ingreso en instituciones geriátri-

cas. Claro es que, no obstante esta finalidad expresada en el preámbulo, del articulado de la ley no se deduce tal limitación respecto del ámbito personal de aplicación, de donde cabalmente se sigue que sus disposiciones son aplicables a cualquier situación de convivencia no expresamente excluida y no necesariamente entre personas mayores.

Naturalmente que esta norma, dictada al amparo del artículo 9. 2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en desarrollo de su Derecho Civil propio²⁶, no es de aplicación fuera del territorio catalán, pero me parece conveniente su estudio por dos órdenes de razones:

A) En primer lugar, porque cabe plantearse si esta regulación puede ser abordada igualmente por Comunidades Autónomas que, como la nuestra, carecen de un Derecho Civil propio sobre el que hubieran podido asentar la competencia legislativa que la Constitución refiere en su artículo 149. 1. 8º, con independencia de singulares menciones en los Estatutos de autonomía de algunas de ellas.

B) Y, en segundo lugar, porque la ley catalana, al establecer determinados efectos, nos revela ciertos rasgos de estas formas de convivencia heterogéneas que pueden ser indicativos de la dirección en la que probablemente camine una futura norma estatal reguladora de estas situaciones.

Respecto de la primera cuestión, aunque yo mismo he defendido²⁷ la competencia de la Comunidad Autónoma de Murcia para legislar en determinadas materias de estricto Derecho Civil, al amparo del artículo 8 del Estatuto de Autonomía (L.O. 4/ 1982, de 9 de junio), y de la doctrina del Tribunal Constitucional a partir de las SSTC 121/ 1992, de 28 de septiembre, sobre Arrendamientos Históricos valencianos y de la 182/ 1992, sobre prórroga de los Arrendamientos rústicos gallegos, me parece evidente que en este caso no estamos en presencia de derecho consuetudi-

²⁶ El último párrafo del preámbulo de esta LSCAM cat. dice que “el tratamiento legislativo de estas modalidades de convivencia se ha ajustado al marco de las competencias que otorga el artículo 9. 2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña en materia de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio”. Contrasta la simple referencia formal utilizada en este caso por el legislador catalán en justificación de su propia competencia para regular estas situaciones convivenciales con la más matizadamente usada en otras leyes. Así, en la Ley 22/2000, de Acogida de Personas Mayores, se añade a idéntica justificación formal y asimismo en el último párrafo de su preámbulo – que por cierto es una reproducción prácticamente literal y acaso poco cuidadosa del preámbulo de la LSCAM cat. que venimos comentando – una referencia a los precedentes en el derecho catalán en la materia cuya regulación en dicha norma se aborda.

²⁷ ROCA GUILLAMÓN, “Comunidad Autónoma de Murcia. Nota Introductoria”, *AAVV Derechos Civiles de España*, Aranzadi, 2000, II, 2725 ss

nario alguno en el que justificar el título competencial necesario para ello, lo que sin embargo ni excluye la posibilidad de apoyar algún tipo de legislación en esta materia sobre un título competencial distinto, ni dejaría de ser en algunos de sus aspectos materia de Derecho civil, aunque desde luego, de ese llamado Derecho civil autonómico no foral a que se ha referido el propio Tribunal Constitucional (STC 26.03. 1987) a propósito de la Ley de Reforma agraria de Andalucía de 3 de julio de 1984.

En cuanto al segundo grupo de razones que aconsejan el estudio de la ley catalana, debe considerarse que, como antes se indicó, el ámbito de aplicación de dicha norma se refiere exclusivamente a situaciones convivenciales entre personas unidas por parentesco colateral, sin límite de grado, o bien por una relación de simple amistad o compañerismo. Ello significa, pues, que quedan excluidos los grupos familiares unidos por parentesco en línea recta, así como, expresamente, las personas con vínculos matrimoniales subsistentes o que formen una unión estable de pareja, situaciones éstas últimas que poseen su propia regulación (L. cat. 10/ 1998, de 15 de julio). En cualquier caso, a los efectos de la ley que nos ocupa, el número máximo de convivientes no unidos por parentesco colateral- es decir, de aquellos entre lo que solo existe una relación de amistad o compañerismo- se limita a cuatro personas, lo que cabalmente significa que no existe tal limitación numérica entre hermanos o colaterales más distantes en grado.

Contrasta tal extensión del ámbito de la ley a tan heterogéneos grupos con la declaración del legislador, expresada en su preámbulo, de fomentar, a través de una regulación de signo proteccionista, este tipo de convivencia “que puede reportar una solución a muchas personas mayores, que resuelva sus dificultades económicas y sociales y evite su aislamiento en instituciones geriátricas” pues es evidente que la extensión de los derechos previstos en la ley a determinadas personas que asumen esa función de cuidado de los mayores a través de la convivencia con ellos, al cabo, es el estímulo que encuentran para soportar esa convivencia, lo que en definitiva repercute en la solución del problema del anciano.

El artículo 3 de esta norma exige que las situaciones convivenciales deben acreditarse por medio de escritura pública o documento público notarial en que se formalice la convivencia, o por el transcurso de un periodo de dos años de convivencia acreditados mediante acta de notoriedad. Parece claro que la exigencia de una forma pública no posee aquí más que un alcance meramente *ad probationem*. Mas cabe preguntarse cuales son las ventajas esta acreditación que la LSCAM cat. exige para alcanzar los

beneficios que la propia norma establece. Porque es claro que situaciones de convivencia personal entre personas o grupos de personas existen y han existido siempre. La novedad estriba, pues, en la institucionalización jurídica que, por ahora en el marco del ordenamiento de Cataluña, se establece de las mismas.

Tales ventajas no son pocas ciertamente, y hasta podría detectarse un relativo paralelismo con algunos aspectos derivados de la convivencia, o mejor de su interrupción, entre otras personas que sin duda también constituyen “situaciones convivenciales de ayuda mutua” típicas, empezando por el matrimonio y siguiendo por la convivencia marital o *more uxorio*, entre parejas con independencia de su orientación sexual. Así, siguiendo el articulado de la LSCAM cat. encontramos las siguientes:

- Revocación ex lege de poderes a la extinción de la convivencia.

La LSCAM cat. prevé, en su artículo 5. 4, que la extinción de la convivencia – que puede tener lugar por mutuo acuerdo, por voluntad unilateral o por matrimonio o establecimiento de relación de pareja estable o defunción de uno de ellos (cfr. artículo 5. 1) – implica una revocación, por ministerio de la ley, de los poderes que cualquiera de los miembros que se aparte de la convivencia haya otorgado a favor del otro u otros o tenga otorgado a su favor. Tal declaración legal es sin duda una medida absolutamente lógica y conveniente, semejante a la prescripción del artículo 102 del Código Civil; pero a diferencia de éste, en que se parte de una finalización reglada – por nulidad, separación o divorcio- de un tipo institucionalizado de convivencia, como es la matrimonial, aquí se nota que algunos de los supuestos de interrupción de la convivencia – no, evidentemente, cuando es por defunción, pero sí en los otros casos – pueden resultar de difícil acreditación.

- Efectos en relación con el uso de la vivienda.

Se prevén, asimismo, determinados efectos en relación con el uso de la vivienda, que varían según fuera propiedad del fallecido o la tuviera en arrendamiento.

Ante todo si la relación de convivencia se ha extinguido en vida de todos los convivientes, lo que puede haber ocurrido por mutuo acuerdo o por decisión unilateral de uno de ellos, la ley concede un plazo de tres meses a los que no sean titulares para abandonar la vivienda. Y si ha sido por defunción del propietario de la vivienda, la ley impone los herederos

del difunto soportar durante un plazo de seis meses la continuación en el uso de la misma, en una suerte de usufructo legal temporalmente limitado, que es título del que parece disponer durante ese tiempo el conviviente para continuar en la vivienda.

Para el caso de que la extinción se haya producido por muerte del conviviente que fuera a su vez arrendatario, el artículo 6. 1 LSCAM cat. establece un derecho de subrogación legal en la titularidad del arrendamiento por el plazo de un año o por el tiempo que falte para la expiración del plazo contractual si éste es inferior. Al margen del paralelismo con la subrogación por muerte del arrendatario, prevista en el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24. 11 1994, esta subrogación merece algún comentario, por cuanto de una parte supone una excepción a dicho precepto estatal que desde luego no solo no menciona a este tipo de convivencia entre quienes reconoce el derecho a subrogarse en el arrendamiento, sino que añade, expresamente, que si al fallecimiento del arrendatario no existiera ninguna de las personas que cita anteriormente – cónyuge, pareja de hecho, parientes cercanos que hubieren convivido los dos años anteriores- el arrendamiento quedará extinguido.

Al margen de ello, no es este el lugar para analizar con detenimiento el alcance de tal excepción a la Ley - estatal - de Arrendamientos Urbanos, pero no se olvide que la justificación del título competencial del Estado se encuentra en la reserva que la Constitución hace a su favor de las “bases de las obligaciones contractuales” en el art. 149. 1. 8º, además del viejo argumento de haber sustituido las sucesivas leyes especiales de arrendamientos urbanos a la antigua Ley de 9 de abril de 1842 que era de aplicación general en toda España. Claro que también puede pensarse desde otra posición bien distinta que la aplicación de la LAU se produce solo ex artículo 149. 3 CE, que establece la supletoriedad del Derecho del Estado, en tanto no existen normas autonómicas sobre arrendamientos urbanos en las CCAA con competencias estatutarias en materia de Derecho civil ex artículo 149. 1. 8º CE, lo que no les impediría legislar en este campo.

Por lo demás, la más que previsible posibilidad de conflictos entre las varias personas que función de sus respectivos intereses puedan considerarse con derechos sobre la vivienda ha determinado que el legislador catalán haya facultado a quienes puedan llegar a resolver tal conflicto, ya sea por la vía arbitral o la jurisdiccional a prever indemnizaciones con cargo a quienes resulten más beneficiados por la solución propuesta, con

objeto de paliar así los perjuicios irrogados como consecuencia directa de la extinción de la convivencia. Pero nótese que tal previsión se refiere precisamente a los perjuicios que deriven exclusivamente de la pérdida al derecho de seguir habitando en la vivienda hasta entonces común y sede de grupo conviviente.

Compensación económica por razón del trabajo doméstico.

El artículo 7 LSCAM cat. establece el derecho de quien ha trabajado para el otro u otros convivientes sin la debida contraprestación a recibir una compensación económica si se ha producido por ello una desigualdad que implique un enriquecimiento injusto para los beneficiarios de sus labores.

El derecho de compensación por el trabajo procede del artículo 23 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, hoy incorporado al artículo 41 del Código de Familia de Cataluña, y se justifica por razón de la situación que se genera como consecuencia del régimen legal de separación de bienes a raíz de la extinción matrimonial (o de la convivencia estable, según el Código de Familia) para aquel de los cónyuges que se ha ocupado del trabajo doméstico o en beneficio del otro. Equivale, pues, a la norma del artículo 1438 del Código Civil, cuyo sentido es la compensación al cónyuge que ha vivido en régimen de separación de bienes por el trabajo doméstico realizado durante el matrimonio, si bien en el ámbito del Código civil este derecho resulta ser más amplio que en la norma catalana, porque al hablarse de extinción del régimen de separación de bienes es claro que ésta puede tener lugar no solo como consecuencia de una crisis matrimonial que conduzca a la separación, el divorcio o la nulidad, sino también por las otras causa de extinción del matrimonio como son la muerte y la declaración de fallecimiento. En cambio, en la norma catalana que comentamos el presupuesto legal es mucho más restringido, ya que solo la extinción de la convivencia en vida de los convivientes- no, por consiguiente, por causa de muerte- da lugar al nacimiento del derecho a la compensación económica, mientras que la situación económica del sobreviviente se trata de reequilibrar en Cataluña a través de un mecanismo distinto cual es el de la pensión periódica que se establece en el artículo 8 LSCAM cat. a cargo de los herederos del fallecido.

La llamada compensación económica significa técnicamente el nacimiento de un derecho de crédito a favor del conviviente perjudicado,

que la ley pone a cargo del otro u otros convivientes, beneficiados por una desigualdad económica que implique un enriquecimiento injusto.

Presenta esta norma la necesidad de recurrir a algún criterio que permita determinar cual haya de ser la cuantía del crédito por compensación así como determinar los límites entre los que opera dicho derecho.

Respecto de lo primero, la fijación de la cuantía queda ante todo abierta al acuerdo de los interesados, y lo mismo respecto de la forma de satisfacerla, así como entiendo que es un derecho perfectamente renunciable.

Sin embargo, en defecto de acuerdo, el propio artículo 7 prevé que la determinación de la cuantía del crédito que habrá de determinarse bien por arbitraje, bien en vía jurisdiccional, debe tener en cuenta las siguientes circunstancias: a) los pactos previos entre las partes; b) la dedicación al otro u otros; c) la duración de la convivencia y d) los medios económicos de las partes.

Es claro que los “pactos previos entre las partes” implican la existencia anterior de un acuerdo o convenio que ahora se pretende no respetar, y es lo que determina la necesidad de recurrir al juez o a un arbitraje. Al mismo tiempo la naturaleza del resto de los parámetros que la ley ordena tener en cuenta al operador jurídico de que se trate, juez o árbitro, sugiere un llamamiento a la equidad que se busca en una razonable proporción entre el valor de la labor de uno y el beneficio del otro. En ultimo caso, la ley todavía proporciona al intérprete un ulterior criterio, que es al mismo tiempo presupuesto para el ejercicio de la acción y guía para el juez cual es la finalidad ultima de compensar el enriquecimiento injusto que de otra manera se seguiría para los beneficiarios del trabajo del conviviente.

La referencia legal al enriquecimiento injusto nos sitúa entonces ante un concepto bien conocido y por ello más preciso que el derecho de compensación por el trabajo doméstico que el artículo 1438 C. c., sin más, establece, y que obliga al juez a reconocer su existencia con apoyo en un criterio de equidad que pretende paliar las negativas consecuencias que del régimen de separación de bienes se siguen para el cónyuge que no realiza trabajo remunerado fuera de casa y por ende no obtiene ingresos propios. Pero al mismo tiempo, y sobre todo, ese enriquecimiento sin causa permite cubrir también la eventualidad de que el trabajo realizado sin remuneración para el otro conviviente no haya sido necesariamente doméstico sino, acaso, de otro tipo, evitando así algunos de los inconvenientes que a la expresión legal del artículo

1438 C. c. achaca la doctrina²⁸.

Debe entenderse, desde luego, que se trata de un crédito ordinario y no de un crédito laboral, por lo que el juez, si bien puede guiarse, si viene al caso, como uno de los criterios para la fijación de la cuantía por el valor de los salarios que una tercera persona hubiera percibido por ello, no necesariamente ha de prescindir de otros componentes que acaso por ser de más difícil cuantificación, han de ser valorados desde una posición de equidad: régimen de atención durante una larga enfermedad o asistencia moral al otro conviviente, por ejemplo. Pero desde luego hay que insistir en que la indemnización que aquí se prevé no es un salario, ni siquiera de alguna manera diferido en el tiempo²⁹, ya que no existe relación de subordinación ni de dependencia propias de la relación laboral, pues no se trata de empleador y empleado, sino estrictamente de la indemnización de lo que la norma califica un enriquecimiento injusto.

Pero también en este punto conviene parar la atención en que dicha referencia legal al enriquecimiento injusto no necesariamente nos sitúa ante la acción a que se refiere la construcción doctrinal y jurisprudencial del enriquecimiento sin causa en el Derecho español, pues el legislador catalán se refiere al enriquecimiento injusto como presupuesto de una acción que deriva de un derecho de crédito que reconoce al conviviente

²⁸ REBOLLEDO VALERA, "Separación de bienes en el matrimonio", *El régimen convencional de bienes en el Código Civil*, Madrid, 1983. MONTÉS PENADÉS, "Comentario al artículo 1384" en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, II, 863 ss.

²⁹ Criterio utilizado en su momento por LACRUZ BERDEJO en LACRUZ- SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, IV, Barcelona, 1982, 526, en relación con el artículo 1438 del Código civil. Insiste en la imagen de que la compensación representa un jornal RAMS ALBELSA, en la revisión de la nueva edición de la misma obra, Madrid, 2002, 279. En realidad la idea de que la compensación *a posteriori* por el trabajo doméstico equivale a un salario diferido es una construcción de la jurisprudencia francesa que no siempre parece haber sido bien recibida entre nosotros al tomarla como una suerte de ingerencia de criterios laborales en el derecho civil de la familia: v. en este sentido la crítica de MARTINEZ CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia (filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio)*, Madrid, 1981, 122. Pero tal posición acaso olvida que la doctrina jurisprudencial a que nos referimos es completamente ajena al Derecho laboral y no pasa de ser una expresión retórica con la que se designa la necesidad de compensar aquella actividad conyugal que rebasa el mero deber de contribuir al levantamiento de las cargas matrimoniales y el marco que delimita el recíproco deber de asistencia entre marido y mujer. Sobre el tema, tras la reforma francesa de 13 de julio de 1965, SAVATIER, *La séparation des biens en droit française*, Paris, 1973; CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 3ª ed., Paris 1978, 714 ss.

perjudicado como compensación por el trabajo realizado para el otro. Radica, pues, realmente el origen de dicho derecho en la propia LSCAM cat., y no en el genérico principio de la prohibición del enriquecimiento sin causa, de construcción doctrinal y jurisprudencial, a veces inestablemente apoyada en la desvalorizada categoría de los cuasicontratos. En consecuencia y dado el carácter subsidiario que por lo común se atribuye al empleo de la acción de resarcimiento fundada en un enriquecimiento sin causa, al disponer de una acción específica no será en absoluto necesario al actor probar los extremos que la jurisprudencia viene exigiendo para apreciar el derecho a la recuperación de aquello en que se haya enriquecido indebidamente el otro conviviente, en particular la correlación entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del actor y la ausencia de causa que respalde el incremento o ventaja patrimonial percibido por el demandado³⁰.

Sin embargo, la norma catalana no prescinde en absoluto de la idea de enriquecimiento indebido, sino que lo que hace es subsumirla bajo el presupuesto de haberse generado lo que llama una desigualdad económica, es decir, un presupuesto fáctico, que es lo que habrá de probar el demandante y apreciar el juzgador.

Nótese, además, que la acción procedente del crédito por compensación previsto en este artículo posee su propio término de ejercicio, el de un año, plazo además de caducidad y común, asimismo, a las acciones del artículo 8 para exigir la pensión periódica en caso de defunción. Se excluye, pues, el plazo residual de prescripción de 15 años del artículo 1964 C.c, que la jurisprudencia considera de aplicación a las acciones de enriquecimiento injusto, argumento que avala la idea antes sugerida de que la referencia al enriquecimiento injusto no pasa de ser un mero recurso retórico, si bien, para evitar tal conclusión acaso quepa razonar en el sentido de que la mención del legislador catalán al enriquecimiento injusto tiene una finalidad de tomar partido por la idea de que estos créditos por compensación no son de origen indemnizatorio, sino que precisamente representan el contravalor de aquello en lo que se ha enriquecido el o los convivientes demandados a costa del demandante.

³⁰ SSTs 12. 04. 1955 y 28. 01.1956 y otras posteriores. Más recientemente, STS 16.03.1995 y 25. 04.2000. NUÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, 1934; LACRUZ, "Notas sobre el enriquecimiento sin causa", *RCDI*, 1969, 569. DIEZ-PICAZO, *La doctrina del enriquecimiento injustificado*, Madrid, 1987. ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1989.

Derecho a una pensión a cargo de los herederos del fallecido conviviente que lo mantenía.

Reconocido en el artículo 8 de la ley, ofrece desde luego la peculiaridad respecto a los alimentos del Código civil, de ser una pensión *post mortem*, lo que sin duda le otorga una cierta naturaleza especial, por cuanto este derecho nace precisamente en el momento en que normalmente se extingue el del alimentista, esto es, al fallecimiento del alimentante, pues este es el término que, por razón de su carácter personalísimo, le asigna el artículo 150 del Código civil, y ello aún cuando hubieren sido establecidos por razón de una sentencia firme. Que tal derecho se ponga a cargo de los herederos del conviviente fallecido parece encontrar su razón de ser en el dato de que a través de esta convivencia los parientes se hayan descargado de su deberes de asistencia respecto de aquel, por lo que se les impone una obligación *ex lege* de compensar el desequilibrio patrimonial que el fallecimiento haya producido al conviviente de su causante. La determinación de tal pensión debe por tanto tomar en consideración fundamentalmente dicho parámetro, pues no parece que deba fundarse en un criterio meramente compasivo o caritativo; y lo mismo por lo que a su duración se refiere, si bien en este caso la ley la limita a un máximo de tres años.

Este derecho de los convivientes sobrevivientes se reconoce supeditado a la concurrencia de dos presupuestos de hecho que la propia norma establece y que son que el conviviente o convivientes sobrevivientes hubieran sido mantenidos por el premuerto durante el último año de la convivencia y que carezcan de medios suficientes para mantenerse. Concurriendo ambos requisitos, la ley les reconoce el derecho a exigir una pensión alimenticia a cargo de los herederos del fallecido, aunque no con carácter indefinido, mientras subsistan las circunstancias que justificaron el reconocimiento de la pensión, sino de manera temporal, por un período máximo de tres años. Cuantía y duración habrán de ser ordinariamente los puntos de desencuentro entre beneficiarios y herederos gravados, lo que la ley parece querer evitar cuando a modo de admonición afirma que debe intentar fijarse por acuerdo de los afectados, y subsidiariamente, mediante arbitraje o judicialmente.

La fijación y duración de la pensión queda preceptivamente sujeta a la valoración que bien las propias partes, los árbitros o en su caso el juez hagan de los siguientes parámetros, que el propio artículo 8 señala: a) el coste de mantenimiento; b) el tiempo en que fue mantenido o mantenidos;

y c) el caudal relicto. Añade la norma que la capitalización de la pensión al interés legal del dinero no puede exceder la mitad del valor del caudal relicto si los herederos son descendientes, ascendientes o colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad del causante, salvo que sean menores de edad o discapacitados; en este último caso el límite debe ser la quinta parte del valor de la herencia.

Tales circunstancias constituyen, pues, auténticas reglas vinculantes en la determinación de la cuantía y duración de la pensión, y no pueden ser eludidas en su consideración, desde luego por el juez ni por los árbitros de derecho; y aunque conceptualmente no tengan porque vincular a los árbitros de equidad, será difícil que estos puedan llegar a una solución objetivamente calificable como justa sin valorar precisamente circunstancias como estas que la norma contempla, que en definitiva lo único que hacen es elevar a rango legal criterios de valoración claramente impregnados de un fuerte contenido equitativo.

En todo caso, no obstante, el derecho a la pensión puede ser excluido expresamente por pacto entre las partes recogido en el título constitutivo si lo hubiere, según reza el artículo 8. 2. Luego, nótese que cuando se trate de situaciones convivenciales no constituidas regularmente, conforme a la exigencia del artículo 3 de que sean formalizadas a través de escritura o documento público notarial no es posible excluir el derecho a la pensión, aunque sí, evidentemente parece posible la renuncia a la misma. Pero tal renuncia, que integra una declaración unilateral de voluntad no podrá hacerse en el acta de notoriedad que en su caso se utilice para la acreditación de los dos años de convivencia que el propio artículo 3 exige, en defecto de título constitutivo, para acreditar la convivencia que acoge la situación convivencial a las disposiciones de esta ley, y ello porque, en rigor, el acta de notoriedad no es el título de constitución de la situación de convivencia, como exige el artículo el artículo 8. 2 LSCAM cat., sino un medio de acreditación de una situación previa.

Téngase en cuenta, asimismo, que las acciones procedentes de los derechos a que se refieren los artículos 7 y 8 LSCAM cat., que acabamos de analizar, caducan al cabo de un año a contar desde el cese de la convivencia (artículo 9).

Beneficios fiscales.

La Disposición adicional de la LSCAM cat. establece dentro de las

competencias tributarias asumidas por la Generalidad que las situaciones convivenciales de ayuda mutua tienen, en relación con el impuesto de sucesiones y donaciones y respecto a las adquisiciones *mortis causa* de uno de los convivientes en la herencia de otro, la asimilación a los parientes del III Grupo, con lo que se crea *ex lege* una suerte de parentesco tributario, que no civil, naturalmente. Pero tal asimilación no es incondicional, ya que se hace depender de la acreditación por el conviviente o convivientes sobrevivientes de la existencia de la situación de convivencia de ayuda mutua, para lo cual cabalmente parece que debiera bastar con la prueba que en sí misma representa la escritura pública de formalización de la convivencia. Sin embargo el legislador, en este terreno fiscal, no se conforma con su propia declaración que, con carácter general, ha formulado previamente en el artículo 3, de que tales situaciones se acreditan a través de escritura pública o acta de notoriedad, y añade el requisito de que tal otorgamiento se haya realizado como mínimo, dos años antes de la muerte del causante, y si es por acta de notoriedad que haya transcurrido un periodo de dos años de la convivencia que aquella refrenda, periodo que a primera vista puede sugerir que hubiera de sumarse al periodo de otros dos años de convivencia previa al acta de notoriedad, momento en el que con carácter general el propio artículo 3 establece el reconocimiento de efectos semejantes a los admitidos cuando se sigue la vía de la escritura pública. Sin embargo me parece que esto no tiene por qué ser así, ya que la finalidad de la norma no es otra que evitar la simulación fraudulenta de una convivencia que no obstante se considera acreditada con el transcurso de dos años, periodo cumplidamente comprobado a la tramitación del acta de notoriedad, por lo que no se ve la necesidad de volver a exigir otros dos años más a partir de ese momento.

En cualquier caso este precepto de la disposición adicional parece dejar claro que lo que se pretende a través de la imposición de la forma pública para la acreditación de estas situaciones convivenciales de ayuda mutua es contar con la certeza de un periodo mínimo de convivencia, el de dos años, cuyo *dies a quo* marca la fecha de otorgamiento de la escritura, con el objeto de minimizar la posibilidad del recurso con finalidad fraudulenta a esta figura. Aunque, obviamente no con ello necesariamente se impide la posibilidad de la simulación, especialmente cuando el reconocimiento de la situación se ha hecho a través de la vía de declaraciones negociales de voluntad instrumentalizadas mediante el otorgamiento de escritura pública y no a través de la constatación fáctica que presupone el acta de notoriedad.

V. Los pactos de acogimiento de personas mayores. La Ley catalana 22/ 2000.

La realidad actual ofrece frecuentes situaciones de personas mayores que en situación de soledad requieren la compañía de personas más jóvenes a cambio de ofrecerles techo y sustento. Es relativamente común desde los años noventa la existencia de programas municipales y universitarios de acogida de estudiantes a cambio de prestar compañía a las personas mayores que los reciben. Un paso más en esta dirección lo constituyen los que pueden ser denominados pactos de acogimiento de personas mayores, situación jurídica creada a partir de un negocio de naturaleza contractual por el que se constituyen obligaciones recíprocas que en su conjunto pretenden recordar a las existentes en el ámbito familiar entre ascendientes y descendientes. Tal situación suele darse entre parientes más o menos lejanos, entre los que, por supuesto, no existe el deber de alimentos, o a veces, simplemente, entre personas que coinciden en un interés común.

No es posible entretenernos aquí en las muchas cuestiones que sugieren este tipo de contratos, que la práctica notarial trata de encauzar cuando los interesados deciden regularizar dicha situación pero que a menudo no quedan sujetos a forma alguna, lo que hay que considerar igualmente válido al amparo del principio de libertad de forma en que se inspira el Código Civil.

Estas situaciones han sido últimamente reguladas en Cataluña a través de la Ley 22/ 2000, de 29 de diciembre (DOGC nº 3303 de 11. 01. 2001) de Acogida de Personas Mayores (en adelante, LAPM cat.) por la que se institucionalizan los pactos de acogida en un sentido distinto al antes expresado, pues tales convenios se someten a forma pública y contenido necesario, y a través de la cual pueden ser estudiados, salvo en aquellos aspectos específicos de esta norma que desde luego no se dan en el Derecho del Código civil.

Ello ocurre, por ejemplo, con la imposición de la forma pública notarial, con carácter *ad solemnitatem*, según parece exigir el artículo 4º, que añade además el deber de inscripción en el Registro de Acogida de Personas Mayores que la propia Ley crea, aunque yo no tengo claro que la imposición de este último deber lo sea verdaderamente con carácter constitutivo.

Por lo demás, la ley establece un catálogo de obligaciones y de dere-

chos, entre los que destacan los que se generan en la sucesión intestada y en la testada de las personas acogidas cuando la convivencia ha sido por un periodo superior a cuatro años, en que se adquiere una suerte de legítima cifrada en la cuarta parte de la herencia, pero cuya reclamación, a través de una acción personal, se somete a un plazo, parece que de caducidad, de un año (cfr. artículos 8 y 9 LAPM cat.).

La ley catalana posee, a tenor de su propio preámbulo, un marcado carácter proteccionista de las personas mayores, pues es a ellas a las que van dirigidas sus normas, de modo que la persona o familia acogedora, cuando la situación se busca por razón de edad, debe ser más joven que la acogida, según establece el artículo 1º, y ello seguramente porque, como el mismo precepto añade, se trata de generar unas condiciones parecidas a las relaciones de parentesco, o como explicita el preámbulo de la ley - pero, sorprendentemente, también el artículo 1. 1- se buscan unas condiciones “parecidas” a las que se producen entre ascendientes y descendientes.

A decir del artículo 1º LAPM cat. el pacto de acogida consiste en la vinculación de la persona o personas acogedoras con la persona o personas acogidas creándose una situación cuya duración no debe ser inferior a un plazo de tres años (artículo 3. 4). Pero solo se puede acoger a más de una persona cuando se trate de un matrimonio o pareja unida de manera estable o tengan relación de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o adopción, en cuyo caso la acogida abarca a ambas personas.

A los requisitos personales se refiere el artículo 3 imponiendo determinados condicionamientos que afectan a la edad, a la capacidad y la inexistencia de parentesco entre las partes. Así, la acogida requiere que no exista parentesco entre acogedores y acogidos hasta el segundo grado, que sean mayores de edad, y que las personas acogidas no sean menores de sesenta y cinco años. En todo caso, el acogido de menor edad ha de ser, como mínimo, quince años mayor que la acogedora de más edad, aunque tal requisito de diferencia de edad no es necesario si una de las personas acogidas es discapacitada física o psíquica o requiere atenciones especiales.

La exigencia de estos requisitos muestra a las claras la voluntad del legislador catalán de promover un instrumento dirigido preferentemente a proporcionar a los mayores una situación legalmente protegida, de forma que constituya una alternativa real al ingreso en instituciones geriátricas;

aunque, acaso en su afán de enfatizar la naturaleza de institución protectora de los mayores ha impuesto con un exceso de rigor alguno de tales presupuestos. Pero, en la práctica, el cumplimiento de alguno de tales requisitos puede quedar bastante diluido a través de la apreciación de la existencia de una necesidad de recibir atenciones especiales que, junto a la discapacidad física o psíquica, constituyen excepción a la exigencia del requisito de la diferencia de edad.

Por cierto, que la verificación de la existencia de estos presupuestos que pueden permitir excepcionar el requisito de la diferencia de edad es cuestión que no aclara la ley. En mi opinión corresponde al Notario autorizante de la escritura de constitución la constatación de estos datos, que deben estar referidos al momento de la constitución de la situación de acogimiento, pues aunque la Disposición Adicional (DA) única LAPM cat. deja a la determinación reglamentaria las funciones que se atribuyen por la Ley al Registro de Acogida de Personas Mayores que por la propia disposición se crea, no parece que sea este el camino adecuado para establecer un mecanismo de control de legalidad más allá de la comprobación de determinados requisitos que no implican juicio de valor o técnico alguno. Sin que, por otra parte, hasta el momento tengamos noticia de la promulgación del referido reglamento ni de las facultades que pudieran habersele atribuido al encargado del mismo, aparte de la común función de “toma de razón” de aquellas circunstancias que en la ley se establecen, y que son la inscripción de la escritura de constitución (artículo 4. 1), la extinción de la acogida (artículo 6. 5) y las quejas que en la sección correspondiente se hagan constar con el fin de “realizar el seguimiento de esta institución contractual”, según reza, textualmente, la propia DA.

Tal referencia a la naturaleza contractual de los pactos de acogida catalanes sometidos a esta ley sugiere una breve consideración, porque si bien es cierto que la norma deja un cierto margen a la autonomía privada para la conformación jurídica de la situación que la voluntad de los sujetos hace surgir en virtud del pacto de acogida, no es menos cierto que buena parte de esa situación queda sometida a la disciplina que la ley les impone, sin duda, con carácter imperativo. Por lo que cabe concluir que si efectivamente la institución ofrece un contenido negocial en algunos de sus aspectos, en otros su perfil es de estricto acto jurídico, en el sentido de que la situación creada es resultado de un consentimiento libremente emitido, pero muchas de sus consecuencias son las imperativamente previstas en la ley, al margen de la autonomía privada, pues.

Y es que la estructura de la situación de acogida viene definida al menos en parte, como acabo de sugerir, por el contenido necesario que la ley otorga al pacto, y también, de manera negativa, por la nota de exclusión de la administración legal de los bienes y de la representación legal de las personas acogidas por las acogedoras (artículo 1. 3).

La finalidad del pacto de acogida queda claramente de manifiesto ya en el artículo 1.1 y constituye desde luego la *ratio legis*: establecer una situación de la que surjan relaciones lo más parecidas a las de parentesco, a cambio de una contraprestación. Ello supone, naturalmente, que la ley trata de imitar las consecuencias que el parentesco genera desde el punto de vista personal y patrimonial entre las personas unidas por ese vínculo, y eso es precisamente lo que se observa en el precepto del artículo 2º LAPM cat.

En efecto, con una redacción descriptiva dice el artículo 2. 1 que personas acogedoras y acogidas conviven en una misma vivienda habitual, que tanto puede ser de unas como de las otras. Pero esa convivencia no es más que una mínima parte del contenido de la situación jurídica que se crea en virtud del pacto, puesto que de acuerdo con la finalidad de la norma, la situación se integra también de otras prestaciones no menos importantes, como son el deber de proporcionar cuidados, alimentos, asistencia, procurar su bienestar general y atención en situaciones de enfermedad. Se advierte con facilidad el esfuerzo del legislador por no dejar cabos sueltos en la descripción de los deberes impuestos a los acogedores, que quizás podían haber sido resumidos a través de recursos lingüísticos más generales; no hacerlo así le lleva a ser, en algún caso, incluso reiterativo.

Pero si estos son los deberes que se imponen a los acogedores, también se mencionan otros, esta vez de carácter recíproco, como son el de prestarse ayuda mutua y compartir los gastos de hogar y trabajo doméstico de la forma pactada, que debe responder a las posibilidades reales de cada parte. Tal medida de la extensión de este deber recíproco constituye una regla de proporcionalidad, que si bien la ley parece dejar en principio a la libre determinación de las partes, según lo pactado, inmediatamente la constriñe al estándar de “las posibilidades reales de las partes”.

Estas posibilidades a las que la ley se refiere son sin duda, en primer lugar, económicas, en lo que se refiere a los gastos del hogar; pero son también posibilidades físicas, en lo que se refiere al trabajo doméstico, porque cabe esperar que las personas acogidas, mayores por hipótesis, y

acaso impedidas o disminuidas en sus capacidades, no puedan desarrollar las mismas labores que corresponderían en ese caso a las personas acogedoras. La misma idea esta latente en la referencia a la prestación de ayuda mutua, aunque aquí se percibe un componente moral que seguramente rebasa los límites de la simple colaboración a las tareas físicas o mecánicas.

El propio artículo 2 contiene también una nueva admonición en su apartado 5 que no pasa de ser la expresión de un mero deseo por parte del legislador, sin que se establezca medio alguno de comprobación o medida de su cumplimiento, al decir que “el domicilio donde tiene lugar la acogida debe tener condiciones de habitabilidad y accesibilidad tanto infraestructurales como de servicios”. Declaración por demás intrascendente por cuanto el pacto de acogida no está sometido a control administrativo alguno y mucho menos a autorización o licencia administrativa.

Más relevancia ofrece el deber de promover la tutela del acogido que impone el artículo 2.4 por cuanto que su incumplimiento puede dar lugar a responsabilidad si el acogido sufre algún daño o perjuicio (cfr. artículo 229 CC y 183. 1 del *Codi de família* de Cataluña: Ley 9/ 1987, de 15 de julio) por no haber sido promovida incumpliendo así el deber legal que este precepto impone al acogedor. Pero este deber se cumple, según creo, haciendo simplemente uso de la facultad que con carácter general prevé el artículo 230 del Código Civil cuya correspondencia reside en Cataluña en artículo 183. 3 de su Código de familia.

Nótese que mientras que en Cataluña existe este deber legal de promover la tutela que se impone al acogedor por una norma expresa, como lo es ésta que comentamos del artículo 2. 4 LAPM, de manera que aunque el acogedor no esta específicamente citado entre las personas que, obligadas a promover la constitución de la tutela, si no lo hacen incurrir en responsabilidad (artículo 183. 1), sin embargo en el ámbito del Código civil tal responsabilidad solo se establece para las personas citadas en el artículo 229, entre las cuales obviamente no se puede incluir a quién en su caso sería acogedor, por lo que éste lo que podría es hacer uso de la facultad del 230 CC, pero sin que su abstención generara, por esta sola circunstancia, responsabilidad. Y ello con independencia de que la responsabilidad surgiera como consecuencia de cualquier otro perjuicio sufrido por el acogido y que resultara imputable a la conducta del acogedor.

A modo de conclusión sobre este punto, pues, la existencia de una norma que impone un deber expreso de promover la tutela del acogido

determina que, en Cataluña, el acogedor haya de responder si no lo hace sabiendo que las personas acogidas están en situación de ser sometidas a ella; responderá, por tanto, no en virtud del artículo 183 del *Codi de família* sino por el artículo 2. 4 LAPM cat. Lo que, ante la ausencia de una norma semejante, no ocurre en el ámbito del Código civil, donde la figura del acogedor quedaría encajada dentro de la referencia genérica a “cualquier persona” que se hace en el artículo 230.

Nótese, sin embargo, que aunque el acogedor no es persona que tenga la guarda del acogido ni mucho menos su representación legal - expresamente excluida en Cataluña por el artículo 1.3 LAPM - y que aunque el artículo 229 del Código civil se refiere solamente a menores e incapacitados, sí que puede haber una situación de guarda de hecho, con las consecuencias previstas entonces en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil.

De especial interés resulta la cuestión relativa a la contraprestación. Esta puede realizarse mediante la cesión de bienes muebles, bienes inmuebles o en dinero, según afirma el artículo 2. 3 LAPM cat., cesión que permite la calificación de este contrato como oneroso, siendo esta además la consideración que le atribuye el legislador catalán. No cabe duda que la “cesión” como tal es un término jurídicamente poco preciso, ya que la ley no especifica el título transmisivo por el que se realice dicha cesión.

Así, cuando el Código civil utiliza la palabra cesión lo hace en un sentido genérico, de negocio de transmisión: en la cesión que determina la pérdida de la posesión a que se refiere el artículo 460. 2 CC se especifica que el poseedor puede perderla cuando hace cesión a otro por título oneroso o gratuito. Luego la cesión en sí misma no implica título de transmisión sino que ésta tendrá lugar en virtud de un negocio *ad hoc* que en principio tanto puede ser una compraventa, como una permuta o una donación, modalizado de acuerdo con los intereses de las partes. Y cuando vuelve a hablar de cesión de bienes en función solutoria (pago por cesión de bienes: artículo 1175), los efectos de dicha cesión se supeditan a la efectiva adquisición del dominio por parte del acreedor, y ello con independencia de que se entienda que la *datio pro soluto*, de acuerdo con la teoría clásica, debe asimilarse a la compraventa, o bien que se prefiera entender que en realidad hay una novación de la obligación preexistente, que al ser aceptada, le convierte en acreedor de la nueva prestación, o, desde otro ángulo más actual, que hay una suerte de negocio atípico, de

naturaleza mixta, en la que cabría apreciar elementos del pago, de la compraventa y de la novación: STS 13. 05. 1983.

Pero que, en cualquier caso, la cesión en pago no produce efectos solutorios por el simple hecho de haber sido convenida es algo indudable: solo cuando el convenio de cesión es ejecutado con el efecto de adquisición de los bienes se produce la liberación del deudor y también la del fiador, puesto que a tenor del artículo 1849 “si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador”. Y ello es así incluso por lo que hay que entender que ocurre cuando el acreedor pierde los bienes cedidos en virtud de evicción, en cuya situación existe unanimidad en admitir que las normas de la compraventa son aplicables a cualquier negocio transmisivo a título oneroso, pues obviamente la disposición del artículo 1849 CC juega respecto de fiador pero no respecto del propio deudor.

Y cuando la cesión de bienes se realiza *pro solvendo* viene a ocurrir lo mismo, ya que debe estarse al convenio con los acreedores, y éste implica - según se deduce de los artículos 1919 CC y 1155 LEC 1881, que han continuado vigentes hasta 1º de septiembre de 2004, fecha de entrada en vigor de la nueva Ley Concursal - que solo cuando el deudor cumple el convenio quedarán extinguidas sus obligaciones en los términos estipulados en el mismo. Es decir, que las obligaciones solo se extinguen cuando se produce la satisfacción del interés del acreedor, lo que ordinariamente ocurre a través del mecanismo del pago (cfr. artículos 1156 y 1157 CC) en este caso modalizado, como consecuencia de la parcial insolvencia del deudor, por el convenio de quita y espera. Esa es la razón también por la que la Ley Concursal, a propósito de las causas de conclusión del concurso y archivo de actuaciones, dice en el artículo 176. 3º que procederá ésta cuando en cualquier estado del procedimiento “se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio”. Lo que desde luego solo ocurre cuando la cesión *pro solvendo* haya alcanzado plena efectividad en los términos del convenio.

Se advierte así que la expresión de la ley catalana, según la cual la contraprestación consiste en la cesión de bienes muebles o inmuebles, requiere también para su plena efectividad la transmisión de los mismos en virtud de un título eficaz para ello. Dicho negocio, en territorios de Derecho común y ante la ausencia de regulación legal, puede ser de

cualquier clase: oneroso (ordinariamente compraventa bajo condición resolutoria, e incluso venta en garantía bajo la forma de *fiducia cum creditore*³¹) o gratuito (donación *sub modo*) mientras que en Cataluña parece que debiera ser, al menos a primera vista, de naturaleza exclusivamente onerosa, si se atiende al significado técnico de la palabra “contraprestación” utilizada en el artículo 2. 3 y que asimismo se reitera en el artículo 4 LAPM cat. Pero más bien parece que esa precisión técnica no ha sido muy tenida en cuenta por el legislador catalán, visto que en este mismo artículo 4. 3 se dice que la cesión del capital en bienes muebles o inmuebles o en dinero en que haya consistido la contraprestación puede ser revocada a instancia de las personas acogidas si las acogedoras incumplen las obligaciones fijadas en la escritura pública o muestran ingratitud.

Es decir, cabalmente, parece que la norma catalana se está refiriendo a dos de las causas típicas de revocación de las donaciones – por incumplimiento de cargas y por ingratitud - de las que se recogen en el capítulo IV, Título I, del Libro Tercero del Código Civil (cfr. artículos 647 y 648 CC). No se ve por ello inconveniente en entender que también en Cataluña es posible efectuar la cesión de los bienes como contraprestación dentro de un pacto de acogida a través de una donación, que al configurarse como modal permitirá su revocación por incumplimiento de las cargas impuestas al donatario. No obstante ser adecuado este vehículo de la donación modal para la efectividad de la transmisión que, como contraprestación, pudiera ofrecerse en un pacto de acogida, seguramente razones fiscales determinarán que en la práctica se recurra más frecuentemente a la venta bajo condición resolutoria.

Mas también razones fiscales pueden hacer aconsejable la vía de la donación, cuando la contraprestación se configura como una atribución patrimonial a terceras personas en interés de las acogedoras, intervivos o *mortis causa*³². La posibilidad de la donación está, pues, expresamente

³¹ STS 30.1.1991, que siguiendo la línea iniciada por la STS 19. 6. 1982, se separa de la llamada “teoría del doble efecto” que, con origen en FERRARA (*La simulación de los negocios jurídicos*, trad. esp., Madrid, 1931, 83 ss) ha sido mayoritariamente seguida por la Sala 1, sobre todo desde la STS 3.5.1955 y la más conocida STS 18.2.1965, por lo demás sometida a la demoledora crítica de DE CASTRO en “El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto”, *Revista de Derecho Notarial* (RDN), nº 53, 1966, 17 ss y en *El negocio jurídico*, Madrid, 1971 (y reedición de Civitas, Madrid, 1985), 379 ss. Últimamente, VALLET DE GOYTISOLO, “Negocios en fraude de ley, simulados, fiduciarios e indirectos”, *Revista Jurídica del Notariado*, 1995, 199 ss

³² “La escritura pública debe hacer constary, también, si procede, las donaciones realizadas por las personas acogidas a la acogedoras y a terceras personas en interés de aquellas, de presente o para después de la muerte...”

reconocida en el artículo 4. 2 LAPM cat., y realizada tanto por las propias personas acogidas a favor de los acogedores como de terceras personas, lo que sin duda genera una situación jurídica compleja que debe, en su caso, ser calificada como contrato a favor de tercero.

Fácilmente se percibe que en estos pactos de acogida la situación resultante es en bastantes aspectos jurídicamente similar a la que se busca a través de los contratos vitalicios (a los que, por cierto, no parece haberse podido sustraer a hacer una referencia el legislador catalán en esta misma ley³³) si bien hay significativas diferencias: en el vitalicio o nuevo contrato de alimentos del artículo 1791 del Código civil, por ejemplo, se asume la obligación de proporcionar vivienda, pero no la de convivir, lo que sí ocurre en el pacto de acogida. En todo caso, además de ésta y otras diferencias, en Cataluña la norma que comentamos ha introducido importantes novedades al regular las causas de extinción y sus consecuencias.

Las causas de extinción se prevén en el artículo 5, y van desde el cumplimiento de lo pactado en la escritura de formalización o el mutuo disenso³⁴ respecto de la situación de acogida, (en cuyo caso las consecuencias serán las acordadas al decidir la extinción: artículo 6. 1) a la resolución unilateral³⁵, bajo unos mínimos requisitos de forma, que determina el deber de abandono de la vivienda por el no titular en el plazo

³³ El legislador catalán ha aprovechado para introducir también una referencia a los que llama “contratos sobre alimentos” (terminología luego seguida por el legislador estatal) que pueden no implicar por sí mismos un pacto de acogida, sino ora un pacto en orden a determinados extremos (cuantía, forma de prestación) respecto de alimentos originariamente debidos *ex lege*, ora esa otra figura negocial que la autonomía privada ha venido permitiendo constituir al amparo del artículo 1255 CC, y que es conocida doctrinal y jurisprudencialmente como contrato de vitalicio o de pensión alimenticia, figura independiente de la renta vitalicia, en opinión mayoritaria, y que hoy ha alcanzado consagración legislativa en los nuevos artículos 1791 a 1797 CC por la L. 41/ 2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad que regula el ahora llamado contrato de alimentos (*vide supra*, sub III). Tal referencia la hace la norma catalana (art. 4. 2 LAPM) diciendo que “en el contrato de prestación de alimentos, la contraprestación puede consistir en la cesión de capital en bienes muebles, inmuebles o dinero. Dicha cesión puede ser revocada a instancia de las personas acogidas si las acogedoras incumplen las obligaciones fijadas en la escritura pública o muestran ingratitud”. Para añadir a continuación lo que no deja de ser una obviedad más: “ Si existe donación y ésta recae en bienes inmuebles, la donación y las condiciones que, si procede, se establecen no perjudicarán a terceros si no se inscriben en el Registro de la Propiedad.”

³⁴ LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980. NUÑEZ BOLUDA, *El mutuo dissenso*, Madrid, 1996.

³⁵ HOUIN, *La rupture unilatérale du contrat sinalagmatiques*, Paris, 1973. LESER, *Der rücktritt vom vertrag*, Tübingen, 1975. RODRIGUEZ MARIN, *El desistimiento unilaterial*, Madrid, 1991.

de tres meses desde que le sea notificada la decisión unilateral de extinguir la situación de acogida: cfr. art. artículos 5.1.c) y 6. 2. En todos los casos quedan revocados los poderes que recíprocamente las partes hubieran podido otorgarse: artículo 5. 2.

Debe notarse que junto a esta suerte de facultad revocatoria, que la ley deja al libre arbitrio de cualquiera de las partes, sin más requisito que el de que su voluntad unilateral sea declarada en escritura pública, con valor *ad solemnitatem*, y fehacientemente comunicada al otro con seis meses de antelación, se prevé asimismo como causa de extinción la resolución unilateral a instancia de cualquiera de las partes, ante el incumplimiento de las obligaciones que le corresponden o si le es imputable alguna causa que haga difícil la convivencia.

Este motivo de resolución, a diferencia del anterior, tiene como consecuencia la inmediata extinción de la situación de acogimiento: artículo 1. d), que es una de las dos ventajas que puede aconsejar el elegir esta vía y no la anterior en la que no hay que alegar ni justificar nada, y en la que no cabe por tanto posibilidad de oposición. Porque lo que se hace en este caso es conceder plazos mucho más breves también para el abandono de la vivienda por quién no sea titular de la misma: quince días si es la persona acogedora la no titular de la vivienda, o dos meses si es la acogida la que ha de salir de aquella: artículo 6. 3. Y la segunda presunta ventaja que cabe percibir en este supuesto de resolución es que si ha habido donaciones por parte del acogido al acogedor éstas se entienden revocables si se han dejado de cumplir alguna de la condiciones que se impusieron: artículo 6. 4. Pero esta declaración de la norma catalana es superflua porque la revocación por incumplimiento de cargas es un efecto común a todas las donaciones modales.

Y casi lo mismo cabe decir del reconocimiento que en el mismo precepto se hace de una acción de enriquecimiento injusto a favor de quien como consecuencia de la extinción se sienta perjudicado por razón del tiempo y de la condiciones de la acogida, porque en este caso el legislador catalán tampoco ha hecho un alarde de precisión técnica al conectar el que llama enriquecimiento injusto con los posibles perjuicios derivados de la interrupción extemporánea del acogimiento por decisión de la otra parte, en los casos señalados del artículo 5. c) y d). Ello supone confundir la acción de enriquecimiento injustificado con la de indemnización de daños y perjuicios, cuando doctrina y jurisprudencia tienen largamente establecido que se trata de acciones distintas, restringida aquella en su utilización

a los casos en que verdaderamente hay una ausencia de causa que justifique la ventaja patrimonial obtenida a costa del empobrecimiento del actor³⁶.

Entre las consecuencias *ex lege*, sobrepuestas por tanto a la autonomía privada, sin duda destaca, además de las relativas al abandono o en su caso continuidad en el uso de la vivienda (artículo 7), la creación de una suerte de legítima especial a favor del acogedor o acogedores, tanto en la sucesión testada del acogido como en la abintestato cuando es la muerte o la declaración de fallecimiento del acogido la causa de que se haya extinguido la situación de acogimiento.

En cuanto a los derechos sucesorios que la ley establece el artículo 8, reserva una parte de los bienes de la herencia a favor del acogedor o acogedores, en este último caso de forma compartida. Concretamente, consiste dicha legítima en el derecho a una cuarta parte de la herencia en bienes hereditarios o su equivalencia en dinero, a elección de los herederos.

Dicha porción hereditaria es atribuida por la ley al acogedor cuando concurra abintestato con descendientes, cónyuge, ascendientes o colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o adopción mientras que si no existe ni cónyuge ni tales parientes, o si los hijos de estos han premuerto, se atribuye a las personas acogedoras la totalidad de la herencia bajo el único presupuesto, común a todos los casos, de que la convivencia haya sido por un periodo mínimo de cuatro años (cfr. artículo 8. 1 y 5 LAPM cat.).

La norma cuantifica, pues, esta particular legítima en la misma medida o porción que como regla general constituye la legítima catalana, recogida hoy en los artículos 355 y 356 del *Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña* y establece, asimismo, la imputación a la legítima de los acogedores del valor de las donaciones o legados que éstos hayan recibido de los acogidos³⁸.

Además, el derecho de los acogedores se extiende también a la parte proporcional de los frutos y rentas de la herencia percibidos desde el día de la muerte de las personas acogidas, o de su valor en dinero. En este caso la ley (artículo 8. 2) guarda silencio sobre si esta última opción es del

³⁶ SSTs 25. 4. 2000 y 12. 7. 2000. NUÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, 1934; LACRUZ BERDEJO, "Notas sobre el enriquecimiento sin causa", RCDI, 1969, 569 ss y bibliografía citada en nota 30.

³⁷ Artículo 8. 3 LAPM cat. : "Debe imputarse siempre a cuenta de dicha cuarta parte el valor de los bienes que, por cualquier título gratuito, las personas acogedoras hayan recibido de las acogidas o que éstas les hayan atribuido en su herencia aunque renuncien a ella"

³⁸ FUENMAYOR CHAMPÍN, "La deuda alimenticia del donatario", *Revista de Derecho Privado*, 1942, 174.

acogedor o del heredero, pero de acuerdo con el criterio del número anterior de este mismo precepto, parece que la opción debe ser del heredero. Nótese que si se trata de frutos industriales y en muchos casos también naturales (cfr. artículo 355 CC) y ha sido necesaria la reclamación, será muy frecuente que, razonablemente, ésta solo se pueda hacer efectiva en dinero.

La ley describe el derecho del acogedor o acogedores a la herencia de las personas acogidas desde una perspectiva procesal, y más concretamente como una acción personal ejercitable, en su caso conjuntamente, frente a los herederos y sometida al plazo de caducidad de un año.

Por lo demás, el artículo 9 LAPM cat., bajo las mismas condiciones y deberes de imputación que para la sucesión intestada y con idéntico plazo de prescripción para la acción de reclamación, vuelve a establecer una suerte de legítima cifrada en la cuarta parte del valor de los bienes hereditarios que, aunque inicialmente se configura como una *pars hereditatis*, realmente se transforma en una *pars valoris* si así lo deciden los herederos.

Llama la atención, por último, la previsión del artículo 9. 2 que establece una suerte de acción de suplemento para el caso de que el interés de los acogedores no haya quedado suficientemente satisfecho con las compensaciones recibidas por cualquier título, *inter vivos* o *mortis causa*; expresión ésta – acción de suplemento- que, obviamente utilizo en sentido figurado, porque como se verá, no se persigue con ella alcanzar el *quantum* legal de la legítima, con el cual no se esté conforme, sino obtener un plus económico con cargo a la herencia, más allá de la legítima, pues, y bajo el concepto de indemnización.

Se configura el ejercicio de este derecho como una acción de reclamación, sometida al plazo de prescripción de un año desde el fallecimiento de la persona acogida, y se detecta en él una evidente finalidad protectora no ya directamente del interés de los acogedores sino, acaso, de la institución misma, en cuanto puede contribuir a fomentar el recurso a estos pactos de acogimiento que colocan a quienes deciden aceptar el oficio de acogedores en una posición jurídica ampliamente protegida por la ley.

El presupuesto para el ejercicio de esta acción se encuentra en la “marcada desproporción” entre las prestaciones asistenciales y económicas que las personas acogedoras hayan realizado en interés de las acogi-

das y las compensaciones que entre vivos o por causa de muerte hayan recibido de aquellas (que, recuérdese, no pueden ser inferiores a la cuarta parte de la herencia) en cuyo caso la ley les concede el derecho a una indemnización a cargo de los herederos con la que se persigue reequilibrar la situación. Ello presupone que las expectativas económicas de los acogedores han quedado defraudadas por el acogido, que no ha considerado oportuno beneficiar a aquellos más allá de lo que la ley le ordena respetar, es decir, la medida de la legítima.

La cuantía de la indemnización la deja la ley en primer lugar al acuerdo de los interesados, y solo en defecto de éste deberá recurrirse a su fijación en procedimiento arbitral o judicialmente. La cuantía, en cualquier caso, deberá ser calculada de acuerdo con determinados parámetros: los pactos entre las partes, los medios económicos de las personas acogedoras, el tiempo que haya durado la convivencia y el caudal relicto. La mención a los pactos entre las partes debe ser entendida como pactos distintos a los que se refieran a la propia indemnización, porque en tal caso serán estos los que determinarán la cuantía de la misma. Pero sí parece posible que aun cuando existiera un pacto entre acogedor y acogido en cuya virtud se fijase una compensación al margen de la que legalmente le corresponda en la herencia, el acogedor considere que no compensa suficientemente las prestaciones por él realizadas, porque cabalmente los pactos que la ley ordena tener en cuenta solo pueden ser éstos, ya que los que se hayan establecido entre acogedor y herederos constituirían ya de por sí un acuerdo que evitaría la vía arbitral o judicial para la fijación de la indemnización.

VI. La revocación de donaciones por ingratitud (artículo 648 CC).

Paramos en este punto la atención por advertir que estamos en presencia de una facultad que la ley atribuye a cualquier donante, y no puede ser considerada por tanto un mecanismo de protección de los mayores en sentido estricto. Pero sin duda es esta una situación que en la realidad se da con bastante frecuencia, sobre todo en las relaciones entre hijos y padres de edad avanzada, o entre parientes en semejante situación. Ocurre ello cuando por distintos motivos estas personas mayores transmiten bienes, cuando no todo su patrimonio, a quienes son sus seres más queridos, acaso con la intención de poder ver como lo disfrutan en vida, para verse abocados más tarde a una situación de penuria económica, material y por desgracia también moral, cuando los hijos u otros parientes parecen olvidar no ya los más elementales deberes como tales, sino que desatienden

sus obligaciones de asistencia para con quien fue su generoso donante, o incumplen de manera flagrante el modo al que se sujetó la donación.

Entre las causas que habilitan al donante para ejercitar la facultad de revocar la donación, reguladas en los artículos 644 ss CC hay unas que responden a una idea de protección del interés de los hijos del propio donante (supervivencia y superveniencia de hijos), mientras que otras se basan en el incumplimiento de cargas (artículo 647) que pueden beneficiar tanto al donante como a un tercero.

Hay, además, otras causas que se fundan en la ingratitud del donatario, que la ley presume hacia el donante cuando concurre alguno de los casos del artículo 648 CC como son la comisión de un delito contra su persona, su honor o sus bienes, la imputación por el donatario de algún delito perseguible de oficio o, por último, cuando indebidamente le niegue alimentos. Pues bien, es en este apartado tercero donde puede intuirse que, además de incurrir en ingratitud, la medida en que la revocación consiste tiene una finalidad de protección del interés del donante, porque es evidente que si le ha reclamado alimentos al donatario – los que éste le ha negado indebidamente- es por que se dan los presupuestos para ello, y muy señaladamente el requisito de la necesidad; por ejemplo, porque haya hecho donación universal sin haberse reservado bienes suficientes para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias, lo que constituye de por sí ya motivo para la reducción de las mismas por inoficiosas, conforme al artículo 654 ss. Es ésta una medida, pues, de protección del interés del donante, exactamente igual que con la reducción de donaciones inoficiosas en el cómputo de las legítimas se persigue la defensa del interés del legitimario.

Conviene en este punto notar la distinta función económico social que cumplen los preceptos de los artículos 634 y 648 del Código Civil, por ser diversa la situación de conflicto que ambas normas pretenden resolver. Y es que, a pesar de apoyarse en ambos citados preceptos los derechos que se reconocen al donante, sin embargo, aun cuando se trata de acciones estrechamente relacionadas, existe una sutil línea divisoria entre ellas, por lo que se corre el riesgo de incurrir en alguna confusión. En rigor se trata de acciones diferentes, que persiguen fines distintos aunque muy parecidos, pero que difieren sobre todo, y esto es lo importante, en los presupuestos de ejercicio.

Así, hay que destacar que la acción de recuperación del artículo 634

CC se reconoce solo al donante que no hizo la reserva que en el mismo se exige, mientras que la acción de revocación del artículo 648. 3 se atribuye a cualquier donante – por tanto, aunque hubiera hecho la reserva- con tal de que, por la razón que fuere, haya venido a peor fortuna, hasta el punto de verse abocado a la necesidad de pedir alimentos al donatario; y solo cuando éste se los niega nace la acción para la revocación por ingratitud.

Nótese que en ambos casos – y es ese el dato que podría ser común entre ambas situaciones- parece que el donante se encuentra en una situación de indigencia o de necesidad. Pero tampoco es ello del todo exacto, porque el donante del 634 no tiene que ser necesariamente un indigente, sino que basta con que no se haya reservado bienes suficientes para vivir con arreglo a sus circunstancias, lo que, sin duda, está referido a conservar similares condiciones de vida a las que disfrutaba con anterioridad a esa manifestación de generosidad que le movió a hacer la donación, y que pueden estar en un nivel de recursos superior a lo que ordinariamente se considera indigencia, pero ser, no obstante, insuficientes frente a aquellas que poseía antes de la donación, para seguir ostentando un nivel de vida adecuado a sus circunstancias.

De parecida manera, el donante del artículo 648 CC es una persona que, probablemente también a partir de una situación de necesidad, cuando se ve en la tesitura de pedir alimentos al donatario, se encuentra con una negativa de éste que la ley valora como ingratitud, y que deja abierta en consecuencia la puerta a la revocación. Pero aquí es la sanción de la ingratitud la que parece sobreponerse incluso a la necesidad que llevaría a la petición de alimentos. Y ello es así porque la obligación de alimentos a que se refiere el precepto no es la misma que existe entre parientes, y por tanto con los presupuestos del art. 143, sino que, como dice FUENMAYOR³⁸, se trata de una obligación de alimentos que surge de la propia donación.

En conclusión, pues, la acción del artículo 634 CC es de recuperación de lo donado en exceso, mientras que la del artículo 648.3 es una acción de revocación de la donación para el caso de que en su negativa a prestarle alimentos se advierta una ingratitud del donatario.

La reserva que impone este precepto posee la naturaleza de deber impuesto, con carácter imperativo, con una finalidad muy clara: evitar las

³⁹ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, II, 2º, 3ª ed. por RAMS, Barcelona 1995, 97

consecuencias que para el donante confiado, poco previsor y acaso excesivamente generoso, pudieran seguirse de esa falta de previsión, hasta el punto de verse no ya abocado a la indigencia, sino incluso a una situación económica que no le permita mantener ese estado de vida del que antes de hacer la donación disfrutaba. En cualquier caso, el presupuesto necesario para ejercitar esta acción es que esa pérdida de posición económica sea estrictamente achacable a la donación y no a causas distintas, no directamente relacionadas con ella, pero que igualmente hubieran contribuido a su pobreza. Nótese que, si por esas otras razones, el donante llegara a la situación de indigencia, lo que sí podría es paliarla pidiendo alimentos al donatario, y si éste se los negare, entonces quedaría legitimado para la revocación de la donación por ingratitud. Derecho a alimentos éste que sin embargo no surge de la necesidad, sino de la propia donación. O, dicho de otro modo: es del hecho mismo de la donación de donde nace un deber autónomo de alimentos cuya negativa a prestarlos por el donatario deja abierta la posibilidad de la revocación por ingratitud.

Interesa también dejar claro que la reserva de bienes del artículo 634 no es de carácter formal, sino material. Es decir, puede haberse incorporado a la escritura de donación una cláusula haciendo constar expresamente la existencia de bienes suficientes para cubrir la prevención del artículo 634 y sin embargo, de no ser cierta esta afirmación, la reserva no existirá efectivamente, por lo que materialmente se habrá incumplido el deber impuesto al donante por el precepto y la donación será impugnabile. Y en sentido contrario: puede ocurrir que, aún sin expresa declaración de existir bienes suficientes –aunque el Notario, con seguridad, habrá hecho “las reservas y advertencias legales”, al menos incorporadas como cláusula de estilo, entre las que, tratándose de donación, queda incluida la de éste precepto– sin embargo materialmente sí que existan bienes en cuantía suficiente para seguir viviendo en estado correspondiente a sus circunstancias, con lo cual sí que habrá sido cumplido materialmente el deber del art. 634 y la donación, desde ese punto de vista, será inatacable.

Por lo demás, conviene insistir en alguna de las diferencias sustantivas y procesales entre la acción de reducción por inoficiosidad del artículo 636 y la acción que deriva de la infracción del deber de reservarse el donante bienes suficientes del artículo 634 del Código Civil.

La donación hecha con infracción de la reserva del art. 634 es un negocio afectado de un vicio en su propia estructura, lo que le convierte genéricamente en impugnabile. Sin embargo, queda por determinar cual sea la categoría de ineficacia negocial aplicable a esta situación. No fal-

tan autores, como LACRUZ³⁹, que nieguen incluso esto para decir que la donación es inatacable, y que lo único que ocurre es que queda abierto el camino a su reducción, por analogía con el artículo 636 CC, es decir, una suerte de reducción por inoficiosidad del exceso. Pero en esta cuestión resulta a mi juicio más coherente la opinión de quienes entienden que algún tipo de defecto debe haber, porque si no lo hubiera no sería posible atacar de ninguna manera a la donación y la declaración del artículo 634 sería inoperante; cuando realmente eso no es así. La Dirección General de los Registros ha llegado a decir (RDGRN 11. 05.1911) que si de la misma escritura de donación de un inmueble resulta que el donante no se ha reservado bienes suficientes de acuerdo con la exigencia del art. 634, el título (es decir, la escritura de donación) no es inscribible, ni el Notario debió autorizarla, por infracción del propio precepto. Además, en la citada Resolución, como en otras anteriores se afirma que la donación hecha en tales condiciones es nula⁴⁰. En esta línea, ALBALADEJO⁴¹ entiende que estamos ante una donación irregular, y por ello impugnabile por el exceso, o lo que es igual, constatada la irregularidad –no haberse reservado bienes bastantes– la donación debe reducirse hasta que quede salvada esa insuficiencia. Lo cual, si se observa, es un efecto semejante a lo que ocurre cuando a la hora de calcular las legítimas nos encontramos con una donación que es preciso reducir para salvar la intangibilidad de aquellas. Pero las donaciones sometidas a reducción por inoficiosidad han de entenderse de momento perfectamente válidas, y solo acaso resulten ser reducibles el día de mañana, una vez fallecido el donante y por causas exógenas a la propia donación, sin que ese sea un juicio que, como el mismo autor acertadamente observa, ahora pueda hacerse. Por el contrario, la donación que infringe el deber del artículo 634 si es atacable desde que dicha circunstancia sea descubierta, y además, por el propio donante. En consecuencia, hay suficientes elementos diferenciadores como para afirmar que es más acertada la opinión de ALBALADEJO de que no hay esa coincidencia entre ambas situaciones, o sea, la reducción

⁴⁰ El razonamiento de la DGRN en la citada R. de 11.5.1911 es de especial interés cuando en la donación hay bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, pues al calificar de nula la donación, la prescripción de la acción no se produciría, y aunque la condición de absolutamente nula de la totalidad de la disposición hecha en su día no encuentre apoyo, lo coherente sería afirmar la nulidad parcial en cuanto al exceso legalmente indisponible a título gratuito. De lo contrario estaríamos o defendiendo algo absurdo (que un negocio que es válido es no obstante en parte genéricamente ineficaz) o algo más lógico pero impreciso: que algo que es “irregular” – término éste igualmente genérico– tiene necesariamente que producir una repercusión jurídica: la de legitimar al donante para exigir la reducción de la donación por la cuantía del exceso.

⁴¹ ALBALADEJO, “Lo que se puede donar”, *Actualidad Civil*, 1986, p. 21

por infracción del art. 634 y la reducción por inoficiosidad del art. 636. Sin embargo, aún siendo la del autor últimamente citado la opinión más aceptable, la donación que infringe el art. 634. 2 es calificada por éste simplemente de “irregular”, sin que se incline por ninguno de los tipos legales a través de los cuales se canalizan las consecuencias de las irregularidades o defectos que afectan a los actos y negocios jurídicos.

Frente a ello, y al menos desde la deseable coherencia con el resto del sistema, resulta adecuado sostener que la acción que persiguiera la ineficacia parcial de la donación es una acción de nulidad, y por tanto declarativa y no sometida a plazo de ejercicio, derivada de la infracción por el propio donante de un deber legal de reservarse - o, visto de otro modo, por infracción de una prohibición legal de donar más bienes de los que precisaría para seguir viviendo en un estado correspondiente a sus circunstancias. Lo que ocurre es que ni la mayoría de la doctrina ni la jurisprudencia parece respaldar la opinión de que estemos ante un trance de nulidad de la donación sino de que se trata únicamente de un exceso, eventualmente reducible, sin terminar de aplicar cualquiera de las categorías que la tipología de la ineficacia negocial prevé, lo cual nos situaría o bien ante una categoría nueva, lo que es innecesario, o ante un vacío, lo que es inadmisibile. De ahí que parezca como más acertado considerar que estamos en presencia de un supuesto de nulidad parcial. En esta dirección, la STS 4. 03. 1999, aunque con referencia a un caso de infracción de principio de intangibilidad de las legítimas que obligaba a reducir una donación excesiva *ex art. 636 CC*, afirma que la reducción es una ineficacia parcial y sobrevenida.

VII.- La delegación en el cónyuge supérstite de la facultad de distribuir y mejorar

El artículo 830 del Código civil establece que la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro, lo que es coherente con el carácter personalísimo del testamento; de modo que no es posible dejar su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario (artículo 670 I CC). A pesar de lo cual, a reglón seguido, el artículo 831 introduce una notable excepción a las reglas precedentes. El carácter excepcional del artículo 831 CC ha sido destacado desde antiguo por la doctrina⁴², que, en general, lo sigue predicando⁴³, sin que falte no obstante quien matice que la excepción al 670 únicamente ocurrirá cuando la delegación

⁴² FALCON, *Código civil español*, Madrid, 1889, 227; MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, 1899, VI, 440 ss SANCHEZ ROMAN, *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1910, VI, 2º, 1231 ss; SCAEVOLA, *Código Civil*, XIV, Madrid, 1918, 588;

⁴³ Últimamente, ALBALADEJO, *La mejora*, Madrid, 2003, 64.

se haga por medio de testamento, lo que solo fue posible desde 1981, pero no sí se hace por medio de capitulaciones, lo que ya no es posible desde 2003⁴⁴.

Así, frente a esas iniciales declaraciones, este precepto ha venido diciendo desde 1981 y hasta su última modificación que, no obstante lo anterior, “podrá ordenarse en capitulaciones matrimoniales o en testamento que, muriendo el cónyuge otorgante, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante”. Dicha redacción fue la recibida por la ley de 13 de mayo de 1981 y se ha mantenido hasta la reciente reforma introducida por la L. 41/ 2003, de 18 de noviembre, en cuya virtud, y en el marco de una ley sectorial con una finalidad concreta de protección de los discapacitados, se han introducido importantes modificaciones y se han ampliado las facultades del cónyuge sobreviviente, extendiendo, como era de esperar, las previsiones del precepto a las parejas no casadas que cuenten con descendencia común, lo que puede añadir alguna complejidad al funcionamiento del instituto.

Se encuentra el antecedente directo de la norma del artículo 831 CC en el Proyecto de 1851 que, tras proclamar en el artículo 662, de acuerdo con la Ley 31 de Toro, que *la facultad de mejorar no puede cometerse a otro*, añadía en su artículo 663: *Sin embargo de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, puede el viudo ó viuda que no ha repetido matrimonio, distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto, y mejorar en ellos á los hijos comunes, sin perjuicio de su legítima y de las mejoras hechas en vida por el difunto*.

Según GARCIA GOYENA se justificaba su inclusión en el Código civil tomándolo “de las provincias de fueros” por los “felices resultados” de la que calificaba como “loable costumbre” que se pretendía generalizar. Los efectos “muy saludables en los países de fueros” que se perseguían con esta cláusula los cifraba el propio D. Florencio, aunque sin aclarar a

⁴⁴ ASÚA GONZÁLEZ *Designación de sucesor a través de tercero*, Madrid, 1992, 100, opina que en este caso lo que hay es una ordenación de la sucesión por una vía distinta al testamento lo que *puede* ser entendido como excepción no al artículo 670 sino a la declaración del artículo 658 Cc según el cual la sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley; de donde deduce que estamos, parece, ante un caso de sucesión contractual. La sigue en esta opinión ZURILLA CARINANA, *Comentarios al Código Civil* (R. BERCOVITZ, coordinador), 2001, artículo 831, 987, quien añade que este supuesto de sucesión contractual es contrario al artículo 1271. II. No creo que ello sea del todo exacto, aunque cualquier discusión al respecto carece ya, tras la reforma de 2003, de interés práctico: *vide* no obstante, *infra*, sub 3.

qué costumbres ni a qué fueros se refería, en que “mantenían el respeto y dependencia de los hijos particularmente hacia su madre viuda; y se conservaba así la disciplina doméstica, a más de que se evitaban los desastrosos juicios de testamentaría”⁴⁵.

Mas como el artículo 831 del Código civil, en su redacción originaria de 1889, copiada, según FALCÓN, del artículo 816 del Proyecto de 1882, limitaba esta facultad, igual que el Proyecto de 1851, a ser encomendada en capitulaciones, y ante la poca práctica de las mismas – recuérdese, necesariamente entonces de otorgamiento antenupcial – el resultado no podía ser otro que la casi nula incidencia en los territorios de Derecho común.

La reforma de 2 de mayo de 1975 dio pie, sin embargo, a una nueva perspectiva, pues la posibilidad, desde entonces admitida, de las capitulaciones post nupciales y su modificación constante matrimonio hizo, dice LACRUZ, que desde ese momento la finalidad económico social y las posibilidades del precepto aproximarán el instituto al testamento por comisario del Derecho histórico castellano y, más aún, de los territorios forales,⁴⁶ aunque, en la práctica, no parece que por ello alcanzara más éxito la institución

Ya en su penúltima etapa, fue con ocasión de la reforma de 13 de mayo de 1981 cuando se permitió la utilización de esta facultad de mejorar, además de en capitulaciones, ordenándola en testamento, posibilidad que abría nuevas perspectivas a la figura⁴⁷. Mientras que la ultima y reciente

⁴⁵ GARCIA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, II, 107. FALCÓN, *Código civil...*, cit. , 227, opinaba sin embargo que García Goyena, “fiaba mucho en la santidad del afecto paternal y confiaba demasiado en que ningún otro fin más que la más estricta de las justicias” guiaría la voluntad del padre o de la madre al hacer la distribución de la fortuna entre sus hijos. Desgraciadamente, añadía, no siempre se verifica eso en la práctica, “porque otros sentimientos, otros fines y ciertas tiránicas costumbres se imponen a los viudos ocupando el lugar de los afectos”. Por cierto que en su tesis doctoral, dirigida por D. Federico De Castro, Enrique SECO CARO, *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo (Estudio sobre el artículo 831 del C. c. español)*, Barcelona, 1960, nota 1, 92, atribuye a FALCÓN un error, bastante difundido, que consiste en afirmar paladinamente que el artículo 831 tiene su origen en instituciones catalanas que otros concretan en el heredero de confianza, olvidando o desconociendo la generalidad de sus antecedentes.

⁴⁶ LACRUZ BERDEJO, en LACRUZ- SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988, 482. SANZ URANGA, “La nueva importancia del artículo 831 del Código civil,” *Revista de Derecho Notarial (RDN)*, 1976, 279 ss.

⁴⁷ REY PORTOLÉS, “Comentario a vuelo pluma de los artículos de Derecho sucesorio reformados por la Ley 11/ 1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, (RCDI)*, 1982, 569 ss. DÍEZ GOMEZ, “El nuevo artículo 831 del Código civil”, *RDN*, 1982, 405 ss

reforma a través de la ley 41/ 2003 lo que ha hecho es suprimir toda referencia a las capitulaciones como posible vehículo de delegación de la facultad de mejorar a favor del cónyuge, quedando únicamente el testamento como instrumento a través del cual es posible hacer efectiva la delegación fiduciaria de la facultad de mejorar a favor del cónyuge.

Culmina así la curiosa evolución de un instituto que, por las razones al principio expuestas, resultaba verdaderamente inútil en el momento de su forzada introducción en el Código civil, en el que se incrustaba como una más de esas concesiones a los “países de fueros” de que hablaba GARCIA GOYENA. Aproximación que, además, había dejado de tener sentido desde el momento en que, fracasado el proyecto centralista de 1851, el planteamiento unificador cambia de signo, ya que el respeto a la supervivencia de los derechos territoriales se garantizaba, de momento, dejándolos vigentes, abriendo un largo proceso, nunca concluido, de redacción de apéndices forales y, tras la guerra civil, de Compilaciones, hasta que, tras la Constitución de 1978 hay que dar por cerrado definitivamente el proceso unificador del Derecho civil español, consagrando la realidad de los Derechos civiles territoriales existentes e incluso, a pesar de la dicción del artículo 149. 1. 8º CE, de Derechos civiles autonómicos hasta entonces inexistentes.

O lo que es igual, el artículo 663 del Proyecto de 1851 se entiende desde la óptica conciliadora que, en aras de la unificación, presidió aquel proceso, pues preceptos como éste aunque fueran extraños a Castilla debían reconocer otras realidades y otras prácticas. Pero una vez que se retoma el proyecto codificador y ALONSO MARTINEZ introduce un método de trabajo, distinto, acorde con un planteamiento político nuevo, no se entiende por qué mantener en el Código civil instituciones extrañas a la tradición del Derecho castellano, conocidas perfectamente las razones por las que las incorporó el Proyecto de 1851, que no iban a tener vida práctica, y que tampoco habrían de servir a los que hubieran sido sus destinatarios naturales, porque estos seguirían disponiendo de su propio Derecho.

Resumiendo lo expuesto, cabe observar en esa evolución un periodo inicial (1889-1975) en el que se toma a las capitulaciones matrimoniales como único medio para articular el uso de esta facultad; un segundo periodo, entre 1975 y 1981, en que el otorgamiento post nupcial de capitulaciones ya es permitido, con lo que se abren nuevas posibilidades teóricas, que a su vez se incrementan notablemente con la adición del testamento desde 1981; para verse finalmente redescubierto desde la Ley 41/ 2003.

con esa nueva finalidad principal que se le asigna de protección de discapacitados, aunque desde ahora reducida la delegación a la vía testamentaria.

La Ley 41/ 2003, de 18 de noviembre es una norma sectorial, dirigida a la defensa y protección patrimonial de los discapacitados, que en la persecución de ese objetivo recurre a distintos mecanismos, uno de los cuales es el de, a través de una nueva redacción del artículo 831 del Código civil, regular de nuevo y de manera más completa la delegación en el cónyuge sobreviviente de la facultad de mejorar a los hijos comunes.

A decir de la Exposición de Motivos de la Ley 41/ 2003 (VII, d) esta renovada versión del artículo 831 CC tiene por objeto introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. Pero enseguida se advierte que en realidad la figura es la misma vieja conocida de la delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar aunque, según se insiste en el citado texto introductorio, lo que ahora se persigue es permitir que no se precipite la partición de la herencia del premuerto cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Lo cual, por cierto, no representa tampoco ninguna novedad salvo, acaso, por la concreta referencia que se hace a los discapacitados, pues la concesión al cónyuge sobreviviente de la facultad de mejorar a los hijos comunes siempre se ha justificado desde el punto de vista de la cohesión familiar, ya que a través de su reconocimiento ha sido posible conservar el control de las expectativas de los hijos respecto del patrimonio hereditario en una considerable cuantía y al mismo tiempo se ha robustecido la posición del sobreviviente, respaldando sus posibles decisiones, en la confianza de que serán las más adecuadas para el mantenimiento de un *status quo* familiar acorde con las necesidades futuras -desde la perspectiva del causante- lo que, obviamente, puede incluir la especial consideración de alguno de los hijos particularmente necesitado, que es lo que ahora se explicita en esta ultimísima versión.

Se persigue, pues, favorecer a quien se encuentre en una posición de desequilibrio o desventaja por razón de su discapacidad, como antes de lo que se trataba era de mantener unido el patrimonio familiar, y a esa causa se dirigían las fórmulas arbitradas en la distintas regiones españolas, entre ellas, por cuanto aquí interesa, las delegaciones de facultades sucesorias. Regiones, por cierto, no necesariamente forales: desde su experiencia

notarial, refiere ALPAÑÉS el uso que de esta figura se hace en Asturias, calificándola como un poder de configuración jurídica de carácter esencialmente familiar⁴⁸.

Cabalmente, pues, lo que viene a significar este planteamiento no es que se haya creado ninguna figura nueva, sino que se ha recurrido a una ya existente y bien conocida como es esta delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar a la que, tras remozarla, se le reconoce una función añadida, como instrumento de protección del discapacitado. Pero lo cierto es que también bajo la redacción anterior podía ser cumplida esa función, como ahora, además de la que se le asigna *ex novo*, podrá cumplir asimismo cualquier otra, como la tradicional de constituir un instrumento indirecto, disuasorio, de defensa de la posición del cónyuge viudo y de mantenimiento de la paz familiar, y en ocasiones, de reequilibrio de la situación patrimonial los hijos, de acuerdo con sobrevenidas circunstancias.

Otra cosa es que se haya pretendido agilizar el recurso a esta figura con la finalidad expuesta y que, efectivamente, se hayan mejorado las posibilidades que ofrece con la mira dirigida a ese objetivo que, de acuerdo con esta norma sectorial que es la ley 41/2003, representa la protección de los discapacitados. Pero ello no convierte al instituto en instrumento al servicio exclusivo de ese objetivo, por mucho que así parezca sugerirlo la Exposición de motivos, aunque sea por la sencilla razón que tal limitación ni por asomo aparece en el texto del nuevo artículo 831 CC, que es donde realmente hay que buscar el ámbito y contenido normativo de la institución, pues, que se sepa, los preámbulos, introducciones y exposiciones de motivos carecen de él. Como tampoco excluye el texto del precepto la posible utilización con alguna de las antes citadas finalidades, que con mayor o menor fortuna, han venido siendo consideradas como propias de este recurso técnico que, por lo demás, como se ve, en absoluto resulta ser nuevo.

Desde la promulgación del Código civil el artículo 831 ha venido representando para muchos una excepción a la prohibición general de los

⁴⁸ ALPAÑÉS, Enrique, “La delegación de la facultad de mejorar”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, (RGLJ) XXVI, 1953, 295. Un resumen de las formulaciones forales sobre esta cuestión, anteriores a las compilaciones en SECO CARO, cit., 29 ss. Más modernamente, SALVADOR CODERCH, “El Proyecto de Código de Derecho civil de 1851 y el Derecho civil catalán”, *Revista Jurídica de Cataluña*, (RJC) 1980, 49 ss; ASÚA GONZÁLEZ, cit., 80 ss. BELLO JANEIRO, *Los pactos sucesorios en el Derecho civil de Galicia*, Madrid, 2001.

pactos sucesorios que, para el Derecho común, se establece por el párrafo segundo del artículo 1271 CC. Así lo entendieron los comentaristas⁴⁹ y alguna de las pocas sentencias en las que tangencialmente se menciona la disposición del artículo 831⁵⁰, mientras que, más modernamente, otros autores habían señalado, de modo diverso, que en rigor no existía tal excepción, porque la delegación que permite el propio artículo 831 CC, ni siquiera cuando se hiciera en capitulaciones implicaba en sí misma un contrato sino una fiducia, limitada a la distribución dentro de un círculo restringido de personas, de bienes de los que no dispuso el causante.⁵¹ Y es que, efectivamente, la naturaleza de fiducia sucesoria es la que mejor se adapta a la realidad de la delegación de la facultad de mejorar, como se comprueba advirtiendo que solo cuando ha fallecido el cónyuge delegante puede hacer uso de la facultad el delegado, y ello con mayor razón hoy, cuando suprimida la posibilidad de hacerlo en capitulaciones, ha quedado el testamento como único vehículo a través del cual canalizar la delegación.

Por contra, sí es factible considerar que la facultad, por delegación fiduciaria, de mejorar del artículo 831 del CC es excepción a la naturaleza de acto personalísimo del testamento⁵² (cfr. artículo 670.1. CC) y también, acaso, a la disposición del artículo 1057 Cc que, al permitir que el testador encomiende la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos, está excluyendo de la misma a las personas que más interés directo tienen en la herencia, entre quienes se encuentra el propio cónyuge, por su condición de heredero forzoso⁵³ (cfr. artículo 807. 3º CC).

⁴⁹ SANCHEZ ROMAN, *Estudios.. cit.*, 1231 ss. SCAEVOLA, cit, 588; MANRESA, cit., 440 ss

⁵⁰ Así, la STS 1. 4. 1914, *obiter dictum*; el artículo 1271 es un precepto prohibitivo, pero no tan absoluto como para impedir que estén permitidos ciertos contratos sobre la herencia, como los contenidos en los artículos 827, 831 y 1331.

⁵¹ LACRUZ BERDEJO en LACRUZ-SANCHO, *Elementos... cit.*, V, 1988, 482. Que el artículo 831 no contenía un pacto sucesorio, ni aún realizada la delegación en capitulaciones, lo argumenta últimamente ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La sucesión contractual en el Código Civil*, Sevilla, 1999, 75, recordando que la previsión capitular es revocable unilateralmente, aunque no lo sean las capitulaciones. Carácter revocable que deriva del hecho de que el precepto respeta las disposiciones del testador, es decir, no permite el ejercicio de las facultades otorgadas al cónyuge supérstite en contra de la voluntad testamentaria.

⁵² DIAZ FUENTES, "Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa, II. Sobre el artículo 831 del Código civil". *ADC*, 1965, 877 ss. También LACRUZ BERDEJO, *ibidem*.

⁵³ LACRUZ BERDEJO, cit., 482, que sin embargo no cree que el precepto autorice al cónyuge para hacer por sí la división de la comunidad conyugal. DOMÍNGUEZ RODRIGO, "El artículo 831 del Código civil ante la doctrina de la *ratio legis*", *Revista General de Derecho* (RGD), 1982 y 1983, *passim*, considera que el viudo está obligado a realizar la partición encomendada en virtud de este precepto. Se había manifestado en contra de esta posibilidad DIAZ FUENTES, cit. ant.

Por lo que aquí y ahora interesa, debe notarse que el artículo 831 CC venía estableciendo concretos requisitos al ejercicio de esta facultad de distribuir y mejorar, algunos de los cuales se aclaran en la nueva redacción.

Destaca entre estos requisitos, en primer lugar, el que solo pueden ser mejorados con los bienes del difunto *los hijos comunes*, expresión en la que, en opinión de VALLET DE GOYTISOLO y ALBALADEJO,⁵⁴ debían entenderse comprendidos los nietos y demás descendientes comunes de ulterior grado, lo que ahora se explicita en el propio artículo 831. 1. III CC. Nótese desde ahora que los hijos pueden ser de padres no casados entre sí (cfr. artículo 831. 6 CC).

Debe, naturalmente, ejercitarse la facultad conferida sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante, según exige el artículo 831. 3 CC.

El precepto incorporó desde 1981, asimismo, una limitación temporal, no expresada con anterioridad, acaso por entender el legislador de 1889 que no era necesario especificarlo por considerar aplicable el plazo común de un año del artículo 904 CC. En opinión de SECO CARO⁵⁵ el plazo para formalizar la partición era, en defecto de convenio expreso, precisamente éste de un año, pudiendo prorrogarse, si todos los hijos se ponen de acuerdo con el sobreviviente, durante otro año. La reforma de

⁵⁴ VALLET DE GOYTISOLO, en su comentario al artículo 831 CC en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, (dir. Albaladejo) XI, EDERSA, Madrid, 1982, 419. ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, Madrid, 1997, 374 y ampliamente en *La mejora*, 2003, cit. 95 ss

⁵⁵ SECO CARO incluía entre las conclusiones de su tesis, cit., 217, una propuesta de modificación legislativa del instituto, algunos de cuyos extremos fueron acogidos, como puede comprobarse, por la reforma de 1981. Dicha propuesta partía de una nueva versión aligerada del artículo 831 Cc, (que debía quedar limitado a la siguiente redacción: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior podrá delegarse en el cónyuge viudo la facultad de mejorar a los hijos comunes en la herencia del premuerto”) llevando los requisitos a su sede natural, la partición, para lo que proponía la adición de dos nuevos párrafos al artículo 1056 CC: uno, el que sería 3º, referido a la delegación en el viudo de la facultad de hacer la partición del premuerto, autorizándolo a distribuir los bienes a su prudente arbitrio entre los hijos comunes y a mejorarlos en la cuantía que se considere conveniente, sin otro límite que las legítimas y los actos de disposición del causante; y otro 4º párrafo recogiendo los requisitos de no haber contraído nuevas nupcias y morir intestado, aunque fuera solo parcialmente; añadiendo que *la autorización puede no ser recíproca y debe conferirse en capitulaciones matrimoniales o en cualquier otro acto auténtico, incluso testamento. El plazo para hacer la partición puede concederse por el causante sin que deba exceder de tres años. Si no se hubiese señalado expresamente, el partidor disfrutará del que la ley establece.*

1981 aclaró que si no se hubiere señalado plazo, el viudo o viuda tendría el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes. Plazo que a juicio de ALBALADEJO, de acuerdo con VALLET, habría que entender que, a falta de límite, que la ley no pone, puede ser toda la vida del viudo, salvo que si pasa del señalado en la ley, pueden reclamar los legitimarios, a partir de éste, sus legítimas cortas⁵⁶.

Este último extremo ha sido de nuevo modificado en 2003, ampliando el plazo a dos años, pero ahora no solo para el caso de que no se le hubiere señalado término, sino también para cuando no se le hubiere conferido al cónyuge la facultad de realizar las mejoras, adjudicaciones o atribuciones en su propio testamento, en cuyo caso no juega dicho plazo (cfr. artículo 831. 1. II CC).

Por último, establecía también el precepto la *conditio iuris* de que el viudo o viuda no hubieren contraído nuevas nupcias. Tal requisito parecía coherente con la finalidad de la norma, y así debía entenderse que solo era posible que funcionara la previsión, pactada en capitulaciones u ordenada en testamento, cuando el viudo efectivamente lo fuera al momento del fallecimiento del causante, por haberse mantenido vivo el matrimonio hasta ese instante.

Mas, así entendido, es claro que la facultad de mejorar no puede ser ejercitada por quién dejó de estar unido por un vínculo matrimonial disuelto por el divorcio o declarado nulo, pues ya no es cónyuge; lo que, sin embargo, no ocurre con el simplemente separado, en cuya circunstancia, en rigor, se sigue siendo cónyuge, en tanto subsista el vínculo. A pesar de lo cual no parece que fuera muy coherente, ni antes ni ahora, admitir la posibilidad de esta facultad de distribuir y mejorar por delegación de una persona que se encuentra en trance de ruptura matrimonial, aunque se trate de mera separación, pues no son las crisis matrimoniales momentos en los que reluzca especialmente la base de recíproca confianza en la que, sin duda, ha de entenderse que se toma la decisión de otorgar esta delegación⁵⁷.

Es de alabar, por ello, la claridad con la que ahora se expresa, en el nuevo apartado 5º del artículo 831 CC, que las facultades conferidas al

⁵⁶ ALBALADEJO, *ibidem*. y en *La mejora*, 88

⁵⁷ En este sentido se pronuncia LACRUZ, loc. cit., opinión en la que coincide ALBALADEJO, *La mejora*, 2003, cit., 69, quien también se plantea el caso de que muera el cónyuge delegante antes de haber recaído sentencia en proceso de separación, nulidad o divorcio, en cuyo caso al subsistir todavía el vínculo, puede surgir la duda de si se conserva la facultad anteriormente otorgada. Pero es razonable entender que no, tanto porque así se deduce del tenor de los artículos 102 y 106. 2º, según afirma ALBALADEJO, como, según creo, además, porque subsiste la misma razón de fondo: la desaparición de la base de confianza sobre la que se asienta toda fiducia.

cónyuge cesarán no solo desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio, sino también a “relación de hecho análoga” o tenido un hijo no común, salvo que el testador hubiere dispuesto otra cosa.

La ampliación de los supuestos de extinción de estas facultades a los dos casos últimamente citados se basa en una realista presunción de la voluntad probable del difunto que, no obstante, al tener un mero valor dispositivo, puede ser salvada por disposición en contra del cónyuge expresada en su testamento.

Según se ha visto, puede el cónyuge sobreviviente hacer uso de la facultad de distribuir los bienes de la herencia de su difunto cónyuge y mejorar con ellos a los hijos comunes *en su propio testamento* si es que así se le autorizó por el causante al tiempo de delegarle la función fiduciaria. De no ser así, deberá hacerlo en el plazo que se le hubiere señalado y, en su defecto, en el de dos años que la nueva redacción del artículo 831.1. II CC fija.

La novedad que representa la autorización al cónyuge para que utilice el vehículo de su propio testamento para realizar las adjudicaciones y mejoras plantea algunas cuestiones, y supone, si se quiere ver así, una aproximación -pero solo una aproximación- al instituto del testamento por comisario, con algunas salvedades importantes ya que, por una parte, el testamento por comisario puede encomendarse a persona o personas distintas del cónyuge, mientras que en el 831 CC éste es el único facultado posible. Y de otro lado, es de notar que aquí no se está realmente testando por el fallecido, como se entendía en el derecho histórico de Castilla⁵⁸, sino solo ejecutando una disposición testamentaria de otro, el premuerto, como se comprueba por el hecho de que los herederos lo son de aquel, y suceden por ese título y no por el de herederos del cónyuge titular de la facultad delegada. Que esto es así lo creo también para el caso, expresamente previsto por la reforma de 2003, de que el sobreviviente haga uso de la opción que le permite el nuevo artículo 831. 3. III CC, de satisfacer las disposiciones del causante – e incluso las legítimas – con bienes de su exclusiva pertenencia; lo que, por otra parte, demuestra que la satisfacción del interés a que se refiere el precepto es exclusivamente económica, sin que se valore ningún otro de carácter moral o sentimental.

⁵⁸ Por ejemplo en las *Leyes de las Cortes de Toro*, de 1505, L. XXXI, : *algunos porque no pueden ó porque quieren hacer sus testamentos, dan poder a otros que los hagan por ellos...*

La referencia al testamento por comisario valdría únicamente, pues, en el sentido con que se dibujaba esta institución en el derecho de Vizcaya y Álava, reproducido en el artículo 32 de la Ley 3/1992 del Derecho Civil Foral del País Vasco, de 1 de julio (LDCFpv), es decir, como el encargo hecho por el testador a otra persona (comisario) de que le designe heredero, distribuya los bienes y ejercite cuantas facultades sean precisas para la transmisión de los bienes, pero sin que en ningún momento se diga que el testador pueda encomendar la realización de su testamento⁵⁹.

Con la importante diferencia, además, de que la facultad del artículo 831 CC, que solo se puede conferir al cónyuge y no a otras personas, no obliga al sobreviviente a hacer uso de las facultades delegadas en su propio testamento, sino solo sucede que si no se le ha conferido esa facultad, no tendrá esa opción. Pero no porque se le haya conferido necesariamente ha de utilizar ese instrumento de su propio testamento para hacer la distribución de bienes o mejoras encomendadas. Así debe ser interpretado el nuevo párrafo segundo del artículo 831. 1 que, al hablar del plazo, literalmente dice “Si no se le hubiese conferido *la facultad* de hacerlo en su propio testamento...”, porque si no se le reconociera ese poder de decisión, que es consustancial al concepto mismo, mal podría hablarse de verdadera facultad jurídica.

Ello tiene a su vez otra derivación, porque si le ha sido concedida la facultad de mejorar con la posibilidad de hacerlo en su propio testamento, el efectivo ejercicio de la misma no queda sujeto al plazo de dos años que subsidiariamente se establece en el 831. 1 II CC, salvo que se le haya señalado por el causante al tiempo de hacerle la delegación, en cuyo caso este será el tiempo de que dispondrá.

Puede también ocurrir que el causante haya dispuesto expresamente que su cónyuge utilice la facultad de mejorar que le concede, precisamente en su propio testamento; es decir, no como una opción, en el sentido del 831. 1. II, sino como una condición. Pero como, obviamente, la concesión de la facultad no puede obligar al cónyuge a que a su vez haga testamento, podría suceder que la situación se dilate en el tiempo, lo que es perfectamente posible porque, realmente, hasta el último momento de su vida, no se sabe si testará o no. Lo que no cabe en ese caso es que se haga uso de la facultad en otra clase de negocio porque se estaría incumpliendo la condición bajo la cual se delegó la facultad.

⁵⁹ ASÚA GONZALEZ, cit, 47

Pero la cuestión es si ello implica también que puede hacerse la partición de la herencia del cónyuge en el testamento del propio sobreviviente. Creo que la respuesta debe ser positiva, pues no dice lo contrario la norma. Pero sobre todo porque el propio testamento del sobreviviente no es más que el instrumento elegido por el causante al conferirle la facultad de distribuir, y es claro que si así lo determinó el testador no parece que puedan imponérsele al sobreviviente limitaciones no queridas por el causante para ejercitar una facultad, la de distribuir los bienes de la herencia, que le fue delegada sin sujeción a restricciones en cuanto a la forma de su materialización. Ello a salvo, naturalmente, de que verdaderamente existan restricciones impuestas por el causante, cónyuge primeramente fallecido, en cuyo caso habrá que estar a las condiciones bajo las que se hizo la delegación y se confirió la facultad de ejercitarla en su propio testamento.

Al margen de que la discusión alrededor de la calificación de esta situación se ha de mover en un plano puramente dogmático, semejante al que, como se mencionó antes, sugiere la figura del testamento por comisario, lo cierto es que la ley introduce esta posibilidad de que las facultades se puedan ejercitar en el propio testamento del delegado y no la subordina a que el sobreviviente cuente con el usufructo universal de la herencia, como ocurre en el derecho gallego (artículo 159 de la Ley 4/ 1995) o como comporta también la posición del cónyuge viudo designado comisario en el derecho vasco, pues, salvo disposición en contrario, tendrá el usufructo del caudal en tanto no haga uso del poder (cfr. artículo 105 LDCFpv).

Atendidas las circunstancias en las que estadísticamente se han venido dando los presupuestos para que entren en funcionamiento las previsiones de este precepto, normalmente entre personas de edad avanzada, es claro que la delegación de la facultad de distribuir y mejorar a los hijos comunes representa un instrumento útil para respaldar la posición jurídica del cónyuge viudo frente a aquellos, pues de otra manera acaso se encontrara en una posición de debilidad sobre todo si no tiene el usufructo universal de la herencia. Por contra, si se ha hecho uso de esta previsión, se dotaba a la viuda de un robusto instrumento de convicción, de fuerte contenido disuasorio frente a posibles veleidades de los hijos y resto de descendientes que GARRIDO DE PALMA⁶⁰ destacaba con palabras elocuentes diciendo que la posición

⁶⁰ GARRIDO DE PALMA, "Visión notarial del artículo 831 del Código civil", *Homenaje a Roca Sastre*, III, 1976, 381,

del cónyuge sobreviviente dotado de esta facultad será ante los hijos semejante “a la que tiene en Cataluña la viuda designada *senyora, majora, poderosa i usufructuaria*”.

En efecto, se observaba aquí una situación en la que en rigor el cónyuge viudo no ostenta la condición de usufructuario ni otro título sobre la herencia, pues ésta, naturalmente, pertenece a los hijos, aunque en una situación de comunidad especial por la falta de determinación de las cuotas, que la aproximan, en expresión de LACRUZ, a un estado de “yacencia hereditaria”⁶¹ y que alcanza, incluso, a los llamamientos, ya que se sabe quienes son llamados, pero no la medida de su cuota.

Pero, frente a esta situación de interinidad, el sobreviviente sí que tiene el poder de concretar la parte que va a corresponder a cada uno de los hijos, a través de la facultad de distribución de los bienes del difunto que le ha sido conferida por el fallecido, haciendo uso también, si es que lo considera oportuno, de la facultad de mejorar a alguno o algunos de los hijos que sean comunes. Además, ahora el nuevo artículo 831. 2 CC acaba con ciertas dudas que antes podían sugerirse respecto del régimen de los bienes durante este periodo, al atribuir expresamente al cónyuge sobreviviente la administración de aquellos sobre los que penden las facultades de distribuir y mejorar.

Tal situación, que bajo la falta de regulación anterior dio lugar a opiniones encontradas de la doctrina, al estar hoy expresamente encomendada la administración al cónyuge delegado, debe regirse por las normas del usufructo en la parte que corresponda, si es que el cónyuge viudo lo tiene con carácter universal; pero para el caso de no ser así, también parece que debe quedar sometido a las normas que, en general, rigen la liquidación de los estados posesorios, exceptuada desde luego la parte que le corresponda por su cuota legitimaria, cuyo régimen será el establecido en los artículos 834 ss CC.

La doble facultad que explícitamente ha venido comportando la previsión del artículo 831 no presupone que necesariamente haya de proyectarse en esas dos direcciones; es decir, se puede hacer uso de las dos posibilidades o de solo una de ellas, aunque según VALLET, en atención a la redacción anterior, de expresarse solamente la facultad de distribuir debe

⁶¹ LACRUZ BERDEJO, cit., 485. En el mismo sentido, SECO CARO, cit, 199 ss, *passim*.

entenderse comprendida la de mejorar, a menos que ésta resulte expresamente excluida o el finado ya hubiese agotado en su testamento el tercio de mejora⁶².

Respecto de la cuestión de si es revocable la mejora hecha por el cónyuge sobreviviente con los bienes del difunto, la nueva redacción del artículo 831 no la menciona, pero aunque deja sin resolver una cuestión ya debatida anteriormente por los autores, no cabe duda que de hecho se simplifica al haberse suprimido toda posibilidad de que la delegación fuera consecuencia de un posible pacto sucesorio, cuando se hubiere previsto en un negocio *inter-vivos* o en capitulaciones matrimoniales, pues desde ahora solo será posible en testamento, y siendo este esencialmente revocable, como ya advertía la doctrina mayoritaria, lo será también la mejora hecha en ese instrumento.⁶³

En realidad el argumento más sólido entre los favorables a la revocabilidad hay que buscarlo en la *ratio legis* del precepto, porque lo que se persigue con la delegación es o bien la tradicional finalidad de respaldar la posición jurídica del sobreviviente frente a los hijos, dotándole de un mecanismo disuasorio, que originariamente además había de ayudarle al objetivo de mantener la cohesión patrimonial y acaso personal de la familia, o bien, de acuerdo con la ahora asignada finalidad por la Ley 41/2003, se trata de dotarle de un mecanismo para hacer frente a la situación especial que debe afrontar por la presencia de un hijo común o descendiente discapacitado, acreedora a una mayor protección de acuerdo con las circunstancias sobrevenidas que no pueden ser bien evaluadas en el momento de testar el causante (por ejemplo, la evolución de la enfermedad discapacitante) porque si no, probablemente, ya haría él la mejora, y no trasladaría el problema a su cónyuge para el día de mañana.

Luego, en ambos casos, es razonable sostener la posibilidad de que el sobreviviente cambie de opinión y pueda revocar la mejora ya ordenada, porque hay que entender que en realidad lo que se le traslada son las mismas facultades que tenía el causante, entre las que se encuentra la de revocar; lo que puede hacer el testador incluso aunque se hubiere hecho con entrega de bienes, según al artículo 827, pues solo la hecha en capitulaciones o por contrato oneroso con un tercero - es decir, las de naturaleza

⁶² VALLET DE GOYTISOLO, en *Comentarios EDERSA*, cit., 412 sigue en este punto la opinión de ALPAÑÉS, cit., 308.

⁶³ Así, LACRUZ, cit. 69; VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios EDERSA*, cit. 422; GARRIDO DE PALMA, cit. 389. En contra, defendiendo con distintos argumentos la irrevocabilidad, ALPAÑÉS, cit., 303 ss y SECO CARO, cit., 189.

contractual, donde la mejora se causaliza respecto de algún interés de contenido oneroso- se consideran irrevocables.

La duda que puede sugerirse es si son trasladables aquí las consideraciones que respecto de la revocación de la mejora hacen entender a muchos autores⁶⁴ que lo que es revocable es el concepto de mejora en que se hizo una atribución patrimonial gratuita, pero no la donación en que esta consiste, salvo acaso, como apunta ALBALADEJO⁶⁵, que concurra algunas de las causas de los artículos 644 ss Cc, lo que también se niega por algunos⁶⁶, o si por contra, debe entenderse que, de acuerdo con los antecedentes históricos (Ley XVII de las de Toro) cuando se revoca la mejora se revoca no solo el que la donación deba de seguir siendo considerada en tal concepto de mejora, sino la propia atribución patrimonial en que aquella consiste

El mayor problema en la práctica será, en cualquier caso, el de la eficacia de esa revocación cuando como consecuencia de la mejora se hayan entregado ya los bienes en que ésta consistía y distribuido el resto de la herencia, pues debe tenerse en cuenta que las disposiciones del cónyuge, que puede hacer efectivas por cualquier título y en cualquier momento, confieren la propiedad – y la posesión- al hijo o descendiente favorecido, por lo que las cosas entregadas pueden haber desaparecido o haber pasado a manos de terceros adquirentes de buena fe, en cuyo caso habrá que estar a las reglas generales tanto del Código civil como de la Ley Hipotecaria. De manera que, en aquellos casos en que sea imposible la restitución de los mismos bienes se producirá una transformación en una deuda de valor de los bienes al tiempo de la adjudicación.

La nueva redacción del artículo 831. 1. I CC omite una referencia expresa a la delegación de la facultad de distribuir y únicamente se refiere a las facultades de realizar mejoras y en general adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos, lo que puede alcanzar a todos o solamente a algunos bienes de la herencia. Pero parece evidente que estas últimas facultades implican lo mismo que distribuir, porque entre los títulos en atención a los cuales pueden realizarse estas atribuciones se encuentra el de

⁶⁴ FUENMAYOR, *La revocación de la propiedad*, Madrid, 1942, La misma opinión también en LACRUZ, cit. 375, VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios EDERSA*, cit., 361 y BLASCO GASCÓ, *La mejora irrevocable*, Valencia, 1990, 70 ss.

⁶⁵ ALBALADEJO, *La mejora*, cit, 303, que recoge, agrupándolas por autores, las opiniones doctrinales al respecto: *vide* 287 ss, especialmente, 296 y 302.

⁶⁶ BLASCO GASCÓ, cit., 102 ss.

mejora que el propio precepto menciona en primer lugar. Además, según la Exposición de Motivos, “*se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto...*”.

Puede decirse, por ello, que la nueva versión del artículo 831. 1. I CC permite llegar a la misma conclusión a la que se llegaba antes, y acaso todavía con más claridad, dado que tras referirse a la facultad de realizar mejoras, el nuevo precepto utiliza una cláusula abierta afirmando que también puede hacer, “en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar”.

La facultad de distribución de los bienes del difunto era dejada por el antiguo artículo 831 *al prudente arbitrio del sobreviviente*, lo que parece implicar una llamada a la equidad a la hora de materializar el reparto; equidad que solo parece que pudiera ser reclamada en función de la naturaleza o condición de los bienes a repartir, pero no en función de la cuantía, ya que es perfectamente posible que, respetando las legítimas, que debe entenderse que son solo la corta o estricta, queden los hijos desiguales, porque ese es, por hipótesis, el resultado necesario de hacer uso de la facultad de mejorar.

El actual artículo 831. 3 CC ha prescindido de la referencia al “prudente arbitrio” del cónyuge viudo para centrarse en la necesidad de que sean respetadas las legítimas, que ahora se explicita que son la cortas o estrictas, de los descendientes comunes, así como las mejoras y demás disposiciones del causante en su favor. Pero seguidamente, en el párrafo tercero del propio apartado 3 vuelve a aparecer el recurso a la regla de equidad en el reparto, por cuanto se presume que han sido respetadas las disposiciones del causante y las legítimas cuando la distribución se haya hecho de manera que unas y otras resulten “suficientemente satisfechas”.

La indeterminación de tal sugerencia legislativa es fácil de colmar respecto de las legítimas, pues se comprueba con un simple criterio cuantitativo. Pero respecto de las otras disposiciones del causante, y al margen de los resultados de la interpretación de las mismas, probablemente será preciso, además, valorar con un criterio cualitativo si se aprecia o no ese respeto a la voluntad del fallecido, aunque no hay que olvidar que existe una fuerte presunción a favor de la actuación del sobreviviente, incluso hasta el punto de entender que efectivamente éste ha obrado con corrección “aunque en

todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes solo al cónyuge” que ejercite las facultades fiduciarias.

La reforma de 2003 ha introducido, asimismo, en el precepto del artículo 831 CC una referencia a la posible rescisión de lo actuado por el cónyuge delegado, facultad que se reconoce a los descendientes comunes perjudicados por dicha actuación, en dos casos: la lesión en su legítima estricta y su participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante.

Es obvio que la rescisión a que se refiere este precepto es distinta e independiente de la acción de complemento (*actio ad supplendam*) de legítima del artículo 815, que se dirige contra el resto de herederos, mientras que con ésta se pretende impugnar la actuación del cónyuge sobreviviente en ejercicio de la facultad fiduciaria conferida. A ello abunda, además, entre otras razones, el que una vez que se ha obtenido el resultado del suplemento su importe ha de ser pagado con bienes hereditarios, salvo aquellos casos en que es procedente hacerlo en metálico; mientras que aquí, directamente, se autoriza al sobreviviente a satisfacer las disposiciones del causante y las legítimas en todo o en parte con bienes que ni siquiera son de la herencia sino pertenecientes solo al cónyuge que ejercite las facultades (cfr. artículo 831. 3. III *in fine*).

Pero el asunto más dudoso es si esta acción que nace del 831 CC es independiente también de la acción rescisoria de la partición o es, por contra, la misma acción, que aquí se generaliza a todas las actuaciones fiduciarias del cónyuge, en cuyo caso debe entenderse sometida a las limitaciones de los artículos 1074 y 1075 CC y al resto de las reglas que gobiernan la rescisión de la partición. En particular tiene interés esta cuestión porque supone decidir si, por ejemplo, será de aplicación la opción que al heredero demandado reconoce el artículo 1077.

En mi opinión la rescisión de que aquí se habla no es exactamente la misma que la acción de los artículos 1073 ss CC, o al menos, aun admitiendo su naturaleza también rescisoria, no se puede obviar que existen algunos aspectos en los que se separan. Así, la acción de rescisión de la partición se dirige a impugnar la partición por lesión en más de la cuarta parte, según el valor de las cosas al tiempo de la adjudicación. Mientras que en el artículo 831 el perjuicio del descendiente común, que es el único activamente legitimado para impugnar la actuación del progenitor sobreviviente, puede haberlo sufrido como consecuencia de otras facultades conferidas por el difunto al sobreviviente y que van desde la atribución de

bienes en concepto de mejora a cualesquiera otras atribuciones de bienes concretos por cualquier título, lo que puede ser algo más que la estricta partición, aunque ciertamente también la incluye, como por lo demás menciona expresamente el precepto, al referirse, en plural, a “las particiones”.

Es claro, pues, que lo que se permite impugnar es la actuación del cónyuge sobreviviente en el ejercicio de las facultades fiduciarias que le han sido expresamente delegadas; pero éste no es un albacea ni un contador-partidor ordinario, sino, a lo sumo, un particular ejecutor testamentario de concretas disposiciones del causante, aunque en su función de distribuir se haya dicho que ocupa una posición superior a la del contador-partidor. Es más, la posibilidad de partir que crea el 831 CC se había advertido que se asemeja notablemente a la partición realizada por el propio causante, ya que se pueden distribuir desigualmente dos tercios de la herencia con el límite único de las legítimas y en su caso de las mejoras hechas en vida por el finado⁶⁷, y aunque el 831 no se remita expresamente, hay que admitir que el cónyuge delegado tiene idénticas facultades que éste, y en particular la del artículo 1077 CC, de optar, como demandado, entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición.

Ello debe entenderse en el sentido expuesto porque, en realidad, lo que se persigue con esta acción no es la rescisión total de la actuación del sobreviviente sino simplemente corregirla para dar satisfacción al interés lesionado, aunque con la particularidad de que no se exija para ello que se haya sufrido lesión en más de la cuarta parte – que, en rigor, es el único caso de verdadera rescisión de la partición- sino que aquí la medida del perjuicio es otra, precisamente la que marca *a contrario* la presunción, antes comentada, del párrafo tercero del propio artículo 831. 3 CC, de que legítimas y demás disposiciones resulten suficientemente satisfechas.

Por lo tanto, legitimación pasiva al margen y a efectos prácticos, la que quizás debiera ser la más importante diferencia entre la rescisión de la partición y esta acción rescisoria del 831. 3 CC (en cuanto que en el primer caso el heredero demandado tiene la facultad de ejercitar la opción de indemnizar el daño, que le reconoce el artículo 1077 CC, evitando así que sea necesario reproducir la partición, por lo menos en lo que se refiere

⁶⁷ De ahí que SECO CARO, cit. 218, en su propuesta de modificación del Código civil pensara que ante la consideración de ser un comisario con facultades que van más allá de la simple partición que lo separan del contador - partidor ordinario, debía llevarse no al artículo 1057 sino al 1056 Cc .

a los herederos afectados) resulta no serlo tanto, porque también aquí el planteamiento es de una reducción de las consecuencias de la actuación del cónyuge para reconducir las cosas a sus justos términos, que no son otros que los que marca por un lado la medida de la legítima corta y por otro, que hayan quedado suficientemente satisfechas el resto de las disposiciones del causante respecto de los hijos o descendientes comunes.

Pero en este punto sí que se advierte una particularidad, ya que esto último permite la ley que se alcance, como ya advertí antes, incluso en todo o en parte con bienes que pertenezcan solo al cónyuge que ejerce las facultades. Lo cual sugiere un argumento más a favor de que con esta particular rescisión de que se habla en el artículo 831. 3 CC no se trata de rescindir la partición, sino solo esta concreta y particular actuación del viudo, fiduciariamente facultado por el causante.

Lo que si es claro es que el cónyuge no es un contador- partidador ordinario, por que si lo fuera no podría como tal participar, en su caso, en la liquidación de su propio régimen de gananciales, salvo que se admitiera el absurdo de tener que liquidar consigo mismo la sociedad conyugal, por ser esa función habitual del contador partidador que, cuando procede, se ha de realizar con el cónyuge viudo, y que suele ser frecuente como paso previo a la partición y a la formación del inventario de los bienes que integran el patrimonio hereditario, si no se quiere dejar un patrimonio indiviso en el que participen como comuneros el sobreviviente y los herederos del fallecido⁶⁸.

En relación con las consecuencias del efectivo ejercicio de las facultades de distribuir y mejorar atribuidas al cónyuge sobreviviente, el artículo 831. 1. III CC introduce un nuevo párrafo, según el cual las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa. Regla ésta que es paralela a la del artículo 1068 CC, según el cual la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes, pero con algunas diferencias, ya que la partición supone un acto extintivo de la comunidad hereditaria por el cual se especifican los bienes sobre los que recaerá el derecho exclusivo de cada uno de los herederos, mientras que aquí no necesariamente ha de ocurrir así, pues puede tratarse únicamente de

⁶⁸ Así lo recuerda ALBALADEJO, *Curso...*, cit., V, 165.

delimitar la propiedad exclusiva de algún heredero sobre bienes concretos y determinados respecto de los cuales se ejerce la facultad fiduciaria.

Otra diferencia puede todavía encontrarse respecto de los efectos del 1068, ya que, realizada la partición, una de sus consecuencias es la obligación de garantizar la evicción y el saneamiento de los bienes adjudicados; obligación de carácter recíproco que se hace efectiva frente al resto de los coherederos, y que solo cesa en los casos del artículo 1070 CC. Pero tal obligación de saneamiento y evicción a cargo de los coherederos no parece que pueda ser aquí exigible en todo caso frente a ellos: no lo será cuando el viudo haya optado por satisfacer su interés con bienes de su pertenencia y no de la herencia, aunque por analogía habrá que entender que el obligado a prestar idéntica garantía en ese caso será el propio sobreviviente fiduciariamente facultado. Y sí que habrán de responder los coherederos cuando la distribución o adjudicación del bien concreto a sanear, aunque haya sido realizada por el viudo fiduciario, traiga causa de una partición.

Respecto de la mención que se hace de la adquisición de la posesión por el hijo o descendientes comunes favorecidos, o bien hay que entender que es ociosa, pues no se ve razón por la que no hubiera de operar aquí el instituto de la posesión civilísima, que nuestro Código Civil recogió en el artículo 440, procedente de la Ley 45 de Toro, y que la jurisprudencia y un amplio sector doctrinal consideran de inspiración germánica⁶⁹ (la investidura que suponía la *saisine* francesa, o la *gewere* ideal de los pueblos germanos) o bien, al contrario, se menciona expresamente con la intención de advertir que la adquisición de la posesión por los hijos favorecidos se independiza en este caso de la adquisición de la propiedad, de forma que aún siendo un efecto legal, porque así está previsto en la norma, sin embargo no opera con carácter necesario, por ministerio de la ley, como en la posesión civilísima, ya que la adquisición de la posesión puede ser excluida por el propio cónyuge sobreviviente y a su vez progenitor del hijo, que puede haber establecido otra cosa. Previsión ésta que, sin duda, quiere poner los bienes a resguardo de la actuación, presumiblemente perjudicial para sus propios intereses, del hijo o descendiente que, aún no estando incapacitado, posea una discapacidad que pueda con-

⁶⁹ GARCIA VALDECASAS, Guillermo, “La adquisición de la herencia en Derecho español” *Revista de Derecho Privado (RDP)* 1944, 89 ss y “De nuevo sobre la adquisición de la herencia”, *RDP*, 1951, 991 ss; ROCA SASTRE, “La adquisición hereditaria de la posesión”, *RGLJ*, 1953, 333 ss; ALBALADEJO, “La adquisición de la herencia en el derecho español”, *ADC*, 1955, 3 ss; LALAGUNA, *Adquisición de la posesión de los bienes hereditarios*, Valencia, 1988;

ducirle a un comportamiento irreflexivo o inapropiado, que es en definitiva lo que se pretende evitar.

Conviene, por ultimo, señalar que la extensión que se hace por el artículo 831. 6 CC de las previsiones contenidas en la nueva redacción de este precepto a las parejas no casadas que sin embargo cuenten con descendencia común no plantea problema alguno por cuanto al tener que delegar las facultades en testamento, será allí donde el causante indique a que bienes se refiere concretamente. Nótese que por hipótesis no será posible la disposición en concepto de mejora o en ejercicio de la facultad de distribuir bienes procedentes de la sociedad conyugal sin liquidar, como dice el párrafo 1. I del artículo 831, ya que, simplemente, no existe. Pero sí que pueden existir bienes comunes aunque estrictamente no haya sociedad conyugal; algo que por lo demás es cada vez más frecuente entre parejas de hecho que conviven en una vivienda adquirida en régimen de comunidad ordinaria. No se ve en estos casos inconveniente alguno a la disposición testamentaria por la que se otorguen las facultades del 831 CC referidas a estos bienes en comunidad, aunque en rigor no constituyan bienes de una “sociedad conyugal”, pues de otro modo quedaría desvirtuada la finalidad de equiparación entre situaciones matrimoniales y meramente convivenciales que constituye *ratio legis* de esta particular disposición.

Pero la situación puede llegar a complicarse cuando coincidan hijos no matrimoniales con otros que sí lo sean, pues, fallecido el causante, puede ocurrir que haya encargado al otro progenitor realizar determinadas disposiciones a favor de los hijos comunes, pero referidas a bienes que acaso se encuentran en su patrimonio conyugal y en cuya distribución no puede, obviamente, entrar el fiduciario, conviviente supérstite y progenitor de hijos comunes con el fallecido, por lo que únicamente podrá aquel ejercitar las facultades que le fueron conferidas cuando tales bienes les hayan sido adjudicados a esos hijos en la herencia de su padre.

Debe notarse que únicamente la adjudicación hecha de manera global a favor de los hijos no matrimoniales puede permitir luego una posterior distribución por el progenitor sobreviviente, de acuerdo con las facultades recibidas del fallecido. Lo que desde luego es posible, porque nada impide que la partición concluya con una adjudicación por la que se cree una comunidad ordinaria, sobre la que a su vez podrá proyectar el progenitor sobreviviente las facultades de distribución y mejora que, respecto de los hijos comunes, le fueron conferidas.

Por último, nótese también que las previsiones del artículo 831 CC son de aplicación a los hijos adoptivos tanto de parejas casadas, como a hijos adoptados por parejas heterosexuales, al ser aplicables las referencias a los cónyuges sobre la capacidad para adoptar “al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”, según la disposición adicional tercera de la Ley 21/ 1987, de 11 de noviembre, modificadora del Código civil en materia de adopción.

Mas una ulterior reflexión parece hoy, asimismo, procedente ante la perspectiva, que ya es realidad en determinados territorios con derecho civil propio⁷⁰ (Navarra, País Vasco y Aragón), de una reiteradamente anunciada posible adopción por parejas homosexuales en el ámbito del Código civil.

Al día de hoy, y a los efectos que consideramos acerca de la posibilidad de utilización de este recurso de protección de los hijos discapacitados, resulta indiferente que estas parejas homosexuales no puedan ser casadas, al estar cubierta esta eventualidad por el 831. 6. CC. Pero no ocurre lo mismo respecto del requisito de que los hijos hayan de ser comunes, porque mientras la naturaleza o la ciencia no lo remedien será imposible que las parejas del mismo sexo lo puedan cumplir. Ahora bien, desde el momento en que pudieran adoptar, los hijos, que seguirán sin ser biológicamente comunes, sí que lo serán jurídicamente, con lo que, abstracción hecha de otro tipo de valoraciones, no puede negarse que podrá quedar cumplido también ese otro requisito del 831. 1. I CC, y nada impedirá que, si así les parece, también puedan estas personas encomendarse la facultad de mejorar y distribuir sus bienes entre sus hijos adoptados conjuntamente.

VIII. La indignidad para suceder.

Todavía en el Derecho sucesorio cabe apreciar otra finalidad de protección de la persona mayor en alguna de las causas de indignidad para suceder.

⁷⁰ En Navarra, donde es norma en vigor aunque impugnada ante el Tribunal Constitucional; en el País Vasco, igualmente recurrida por el gobierno de la nación; y en Aragón, por ley 2/2004, de 5 de mayo que con similar técnica legislativa, reforma el artículo 10 de la Ley de Parejas estables no casadas diciendo simplemente que “podrán adoptar conjuntamente”, sin mención alguna al requisito de la heterosexualidad.

Debe recordarse que el llamamiento a la sucesión *mortis causa* exige un presupuesto legal, como es tener personalidad física o jurídica. Por eso los artículos 744 y 745 establecen que no pueden suceder las criaturas abortivas y las asociaciones y corporaciones prohibidas por la ley. En ambos casos la falta de capacidad deriva, pues, de la ausencia de personalidad, aunque se permita una excepción a favor del *nasciturus*, al que se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, en una situación de interinidad, durante la cual pueden adoptarse ciertas precauciones, como las que para evitar la suposición de parto prevé el Código para cuando la viuda queda encinta.

Por lo demás, cualquier persona es potencialmente capaz de suceder con tal de que posea personalidad física o jurídica. Ello no ocurre cuando se da alguna de las incapacidades relativas que, dirigidas a evitar la captación de la voluntad del causante, se contemplan en los artículos 752, 753 y 754 CC y que se refieren al confesor, al tutor y al Notario.

Pero hay también causas de indignidad para suceder, que determinan la exclusión de la herencia al incurrir igualmente en una suerte de incapacidad absoluta según el tenor del artículo 756, y que se refieren al abandono, prostitución o corrupción de los hijos, la ausencia de denuncia de la muerte violenta del causante por el heredero, acusar al testador calumniosamente de delito grave, obligar al causante a testar o a cambiar el testamento. Por cierto que las dudas a veces planteadas en algunos tristemente famosos casos de parricidio respecto de los derechos hereditarios de hijos autores de la muerte violenta de sus padres, y las pretensiones de otros parientes ante la incapacidad por indignidad para suceder en que aquel ha incurrido, deben ser resueltas por aplicación del n° 2° del este precepto en relación con el artículo 761 CC. De modo que si, por ejemplo, el tristemente conocido como “menor de la Katana” hubiese tenido hijos, éstos le representarían en la herencia de sus padres, a los que mató, aunque no por la totalidad sino solo en cuanto a la legítima, que él pierde por incurrir en esta causa de indignidad consistente en atentar contra la vida de sus padres. Pero como no tenía hijos, no hay tal representación y no transmite nada a otros parientes.

Debe notarse que a las anteriores causas se añade hoy otra, la contenida en el nuevo apartado 7° del artículo 756 CC, introducido por el artículo 10. uno de la Ley 41/ 2003, según el cual: *Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil. Lo*

que debe ser tenido en cuenta desde la perspectiva que a nosotros ahora nos interesa porque, como es sabido, la condición de discapacitado a menudo se acompañará de la de mayor, en el sentido de persona de edad avanzada. Por lo demás, la nueva causa de indignidad supone el haber elevado a tal categoría la negativa a la prestación de alimentos cuando esta se refiera a la sucesión de un discapacitado; negativa a la prestación de alimentos que es mera causa de desheredación respecto de los padres y ascendientes (artículo 854, 2ª) y del cónyuge (artículo 855, 3ª) si se trata de personas en las que no concorra tal condición legal, explicitada por el artículo 2. 2º de la Ley 41/ 2003⁷¹.

Junto a las causas de indignidad encontramos, pues, respecto de los legitimarios las llamadas causas de desheredación, en cuya virtud, según el artículo 813 el testador solo puede privar de la legítima, con expresión de causa en el propio testamento. La privación ha de ser total y las causas son las del artículo 852 CC, que son las mismas de la indignidad para suceder del artículo 756 1, 2, 3 y 5 – a la que se añade hoy la del nuevo número 7- más las específicas de los artículos 853, 854 y 855, entre las que se encuentra, como acabamos de decir, una que tiene que ver con nuestro tema: haber negado sin motivo legítimo los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda. A propósito, conviene notar aquí que en 1990 se suprimió del texto del artículo 852 (ley 11/ 1990, de 15 de octubre) el adulterio con el cónyuge del testador como causa de desheredación, lo que acaso puede colocar a determinadas personas mayores en una paradójica posición de desprotección, por ejemplo, frente a la connivencia amorosa de su propio hijo con su joven madrastra. Modificación ésta acaso no del todo bien meditada, sobre todo teniendo en cuenta que la desheredación no opera de manera automática sino como una facultad que la ley pone en manos del ofendido, pero que éste puede no utilizar si no le conviene, acaso por temor, o no quiere hacerlo.

IX. El cónyuge supérstite y el ajuar familiar.

Dispone el artículo 1321 del Código Civil en su párrafo primero que “fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber”. La redacción actual del

⁷¹ Precepto según el cual : 2. A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 33 por ciento. b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

precepto procede de la reforma de 13 de mayo de 1981, pero viene a recoger una vieja tradición de consideración al cónyuge viudo que bajo la denominación genérica de derecho de sobrevivencia resulta ser el derecho equivalente al conocido en Aragón como *aventaja* o *aventajas*.

En su incorporación al Código Civil debieron pesar no solo razones de aproximación al derecho foral aragonés sino también, y sobre todo, los antecedentes históricos castellanos que a la postre permitirían recoger normas como la del antiguo artículo 1374 CC, cuando, a propósito de la restitución de la dote, decía que “se entregará a la viuda, sin cargo a la dote, el lecho cotidiano con todo lo que lo constituya, y las ropas y vestidos de uso ordinario de la misma”.

La norma se enmarca dentro de las disposiciones generales referidas al régimen económico del matrimonio (L. IV, Tit. III, Cap. 1º CC) y posee un evidente carácter imperativo, lo que determina la sustracción de los bienes que en el precepto se mencionan a la disponibilidad por testamento de ninguno de los cónyuges salvo para el caso de que se sobreviva al otro. Debe tenerse en cuenta que estos bienes, que integran el que ordinariamente se considera ajuar doméstico o familiar, quedan fuera del caudal relicto, no pertenecen a la sucesión *mortis causa* y el sobreviviente los adquiere sin computárselos en su haber, lo que significa no solo que no se computa en el activo hereditario del viudo, sino que tampoco es imputable a su mitad de gananciales.

Llegados a este punto cabe advertir la discrepancia existente entre quienes piensan que esta norma es aplicable a cualquier matrimonio, con independencia de cual sea su régimen económico⁷² y quienes piensan que solo resulta aplicable a aquellos matrimonios que se han venido rigiendo por el régimen de gananciales, porque ni en el régimen de separación ni en el de participación cabe pensar en una detracción sin imputarse a su haber, cuando no hay ninguna comunidad de bienes cuya partición produzca un “haber” a cada cónyuge⁷³.

La cuestión es, a mi juicio, susceptible de alguna matización, pues debe notarse que en el denominado régimen de separación en puridad lo que se aprecia es más bien la inexistencia de un régimen económico que, por razón de matrimonio, altere la posición jurídica de cada cónyuge

⁷² HERRERO GARCIA, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, II, 593.

⁷³ O'CALLAGHAN, *Código Civil*, Madrid, 2001, 1339.

respecto de sus respectivos patrimonios; abstracción hecha, naturalmente, de las consecuencias, ineludibles, del llamado “régimen matrimonial primario” lo que hace que sea cierto que ahí no hay cuota alguna, ni por tanto “haber” al cual pudiera pretenderse imputar el ajuar doméstico, que es lo que la ley prohíbe.

Por contra, en el régimen de participación, su funcionamiento con respeto a la independencia patrimonial de los cónyuges no impide que en su momento final se genere una situación de coincidencia en un interés común, determinado por la participación en las ganancias obtenidas por el cónyuge con superiores rendimientos económicos a que tiene derecho el otro. Resulta, pues, que si el sobreviviente es éste ultimo, parece indudable que existe a su favor una cuota que integra un “haber”, aunque no ocurre así en caso contrario, es decir, cuando el fallecido es el que menores rendimientos generó.

Pero, en cualquier caso, lo que la norma quiere es que el ajuar doméstico no se compute en la cuenta de compensación del régimen de participación, al igual que ocurre con la cuenta de liquidación de los gananciales. Luego, cabe concluir que, efectivamente, solo cuando hay cuota existe haber; pero añadiendo que “haber” en este sentido, no solo lo hay en los gananciales sino también en el régimen de participación, aunque únicamente respecto del cónyuge que, por ser el más económicamente desfavorecido durante su matrimonio, adquiere el derecho a participar en los mayores rendimientos o ganancias del otro.

Ello no obstante, me parece que la naturaleza de disposición general del artículo 1321 y sobre todo su finalidad, avalan la idea de que efectivamente la norma debe entenderse aplicable a cualquier matrimonio con independencia del régimen económico por el que se haya regido: nótese que el precepto se integra de una proposición básica, según la cual el ajuar familiar debe entregarse en todo caso al cónyuge sobreviviente, y una proposición secundaria: *sin computárselo en su haber*; la cual segunda proposición solo operará cuando, efectivamente, exista haber sobre el cual se manda que no se compute. Pero ello no presupone que, si no existe tal haber, la disposición resulte inaplicable, porque cualesquiera sea el escenario, los bienes, si existen - y no tienen porque no existir solo por el hecho de que se viva bajo separación de bienes- hay que entregarlos, se hubiere computado o no su valor.

Tan solo cesa la aplicabilidad de esta norma, que presupone una adquisición *ope legis* para el cónyuge viudo del repetido ajuar doméstico,

en los casos en los que ha desaparecido la vida en común, como ocurre en los supuestos de separación: de modo más claro en la judicialmente declarada, pero acaso también en la de hecho si por haber alcanzado tal grado de distanciamiento, ha llegado a desaparecer el carácter de vivienda familiar que en algún momento ostentó el que fuera domicilio común, salvo que como se ha observado, la separación de hecho haya sido impuesta unilateralmente⁷⁴.

X. La autotutela o facultad de designar al propio tutor futuro.

La idea de una delación de la tutela de carácter voluntario, a partir de una designación del tutor futuro, y ante la perspectiva de una probable incapacitación e, incluso, de una incapacitación a instancias del propio presunto incapaz, no es nueva entre nosotros, aunque quizás nunca antes como en estos tiempos podría estar más justificada su admisión en nuestro Código Civil.

A nadie se le oculta que hay muchas personas mayores, que se encuentran bien físicamente, pero que empiezan sin embargo a advertir signos de decadencia intelectual, que a su vez pueden ser indicativos de graves enfermedades degenerativas del sistema nervioso: en general, demencias seniles de diversa etiología que constituyen patologías asociadas al envejecimiento cerebral; enfermedades bien conocidas hoy como los males de Alzheimer, Pick, Tau, Parkinson, Huntington o la enfermedad de Cuerpo de Lewy difusa, y síndromes asociados como las Tauopatías y las Synucleinopatías.

El caso es que, ante tal perspectiva, y en uso todavía de sus facultades mentales, esa persona decide su propia incapacitación, con objeto de poder influir en el nombramiento del tutor, es decir, en la designación de quien, en definitiva, ha de encargarse de su representación y del cuidado de su persona y bienes cuando llegue el momento, inexorable, en el que ya no pueda gobernarse a sí misma. Posibilidad ésta que hoy se ofrece a través de la nueva redacción del artículo 757. 1 LEC 2000, por la que se legitima activamente al presunto incapaz para promover su propia incapacidad,⁷⁵ y que no debe ser confundida con la facultad, que la LEC ya venía reconociendo

⁷⁴ HERRERO GARCIA, *loc. cit.*, 593.

⁷⁵ Artículo 757. 1 LEC 2000, modificado por el artículo 14 de la Ley 41/ 2003 de 18 de noviembre: “La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz”

a cualquier persona - en principio también, por tanto, al propio interesado - para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que determinen una posible incapacitación; lo que constituye un deber cuando se trate de autoridades o funcionarios que, por razón de su cargo, conozcan una posible causa de incapacitación de una persona (cfr. artículo 757. 3 LEC 2000).

Pero también es posible que una persona, consciente del futuro que le espera cuando avance la enfermedad que sabe que ha contraído, lo que pretenda no sea su incapacitación actual, sino que simplemente lo que quiera sea excluir de su tutela a determinadas personas en cuyas manos no quisiera caer. Y ningún camino mejor para ello que la designación por el mismo futuro incapaz de la persona a cuyo cuidado prefiere quedar encomendado.

En el Derecho alemán la protección al mayor de edad que no pueda valerse por sí mismo, parcial o absolutamente, como consecuencia de una enfermedad psíquica o de un impedimento físico o espiritual, se realiza a través de la asistencia prevista en los §§ 1896 ss BGB⁷⁶. Se trata de un órgano *ad hoc*, que aunque de naturaleza tutelar, es distinto de la tutela propiamente dicha (§§ 1773- 1895) y de la curatela (§§ 1909- 1921, modificados por la Ley de Curatela de 4. 12. 1997), que se reservan para la guarda de los menores de edad.

Es característico del sistema alemán que el nombramiento del designado para asistir al incapacitado la puede realizar el tribunal tutelar tanto de oficio como a petición del propio interesado⁷⁷, lo que obviamente permite que una persona, al adquirir la convicción del estado a que se pueda ver abocado en el futuro, inste por sí misma la designación judicial de quién habrá de ser su cuidador o “asistente” (*Betreuer*) según la terminología del BGB⁷⁸.

⁷⁶ SCHWAB, Dieter, en *Müchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Familien Recht* II, 3. Auflage, München, 1992, § 1896, 1364 y 1386 ss.

⁷⁷ Dice el § 1896. 1 BGB que en caso de que un mayor de edad no pueda valerse por sí mismo, bien parcialmente, o de modo absoluto, como consecuencia de una enfermedad psíquica o de un impedimento corporal, espiritual o psíquico, el tribunal tutelar le nombrará, a petición suya o de oficio, un asistente. La petición podrá ser presentada igualmente por un incapaz de obrar. En la medida en que el mayor de edad resulte impedido para valerse por sí mismo a causa de un impedimento físico, el asistente solo podrá ser nombrado a petición suya, salvo que no sea capaz de expresar su voluntad.

⁷⁸ DIEDERICHSEN, Uwe, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 62. Auflage, München, 2003, 2074 ss. GARCÍA- RIPOLL MONTIJANO, “La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia a los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo” AC, 1999-2, 553 ss

Sin embargo en el Derecho español, como es sabido, el mecanismo de protección que representa la tutela ha sido, y sigue siendo, común tanto para los menores que lo precisen como para los incapacitados. Por lo tanto, básicamente, las vías para montar el órgano de tuición son las mismas, sin que por ello, acaso, se hubiera previsto hasta hace muy poco la posibilidad de que fuera el propio futuro incapacitado el que dispusiera a quien querría tener como tutor cuando fuere necesario que se le nombrara alguno.

Tampoco en Suiza está expresamente prevista la autotutela en el sentido de facultar al incapaz para la designación de su futuro tutor, pero lo que sí hace el ZGB es prever la posibilidad de que una persona capaz, de manera voluntaria, solicite que se le nombre un tutor que le asista en la gestión de sus asuntos, por hallarse mentalmente debilitado por la edad, por alguna enfermedad o por su falta de experiencia. No se trata en realidad, pues, de una previsión de designación de tutor ante la hipótesis de una futura incapacitación, sino de una simple legitimación para que se constate su falta de capacidad en el grado que se determine y su consiguiente sometimiento al mecanismo de guarda y representación que ejercerá el tutor. Se trata pues de una estricta delación voluntaria de la tutela⁷⁹, al modo de la que desde ahora es posible solicitar en España al amparo del nuevo texto del artículo 757. 1 LEC 2000 (modificado por el artículo 14 L. 41/2003) que reconoce al presunto incapaz la legitimación activa para instar su propia declaración de incapacidad.

Desconocida, pues, esta vía de delación de la tutela en el Derecho español hasta tiempos muy recientes, tan solo algunos pocos autores habían propugnado su inclusión en el Código Civil, pero ello no fue admitido con ocasión de la reforma de 24. 10. 1983, aunque ya entonces hubo alguna iniciativa en tal sentido que, sin embargo, no prosperó.

Frente a semejante situación de olvido legislativo, parece enormemente oportuno que el legislador estatal se haya decidido a abordar esta nueva hipótesis de delación de la tutela, porque existen razones de peso, y acaso todavía las habrá más en un futuro inmediato, para abrir esa posibilidad.

Y es que, en este sentido, debe tenerse en cuenta que las disfunciones

⁷⁹ TUOR, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, Bern, 1969, §372: "Cualquier persona mayor puede solicitar ser sometida a tutela si lo estima preciso para la conveniente gestión de sus asuntos, ante su situación de debilidad senil, enfermedad o inexperiencia"

seniles que pueden afectar a la capacidad de obrar no siempre son consecuencia de la edad, aunque la edad sea en sí misma un factor de riesgo de contraer determinadas enfermedades, como ocurre con el mal de Alzheimer. Pero no es el único factor de riesgo: también lo es el sexo -mucho más elevado en el femenino- o determinados componentes genéticos familiares en los que existe un patrón de herencia autosómico dominante, con un comienzo de la sintomatología clínica de la enfermedad muy temprano - entre los 40 y los 50 años- y que representa sobre el 5% de los casos. Y la cuestión es que, por ejemplo, los avances en el diagnóstico precoz de la enfermedad de Alzheimer, cuya fisiopatología se conoce hoy muy bien, y especialmente para estos casos de predisposición genética familiar, posibilita ya que los familiares afectados por la mutación genética predisponente puedan, si quieren, conocer sus posibilidades reales de desarrollar la enfermedad y adoptar las previsiones que estimen convenientes.⁸⁰

Resulta meridianamente claro que una de las previsiones que esta personas pueden adoptar desde el punto de vista jurídico, una vez debidamente informados de la situación a la que se verán abocados, es precisamente la de determinar que persona desearían que se ocupara de sus asuntos, y de su propia atención personal, lo que por cierto, como antes he apuntado, también les puede servir para excluir a otras personas, no deseadas, de esa función.

A comienzo de los años ochenta, la oportunidad que deparaba la reforma de la tutela por la que luego fuera Ley 13/ 1983, de 24 de octubre, de incorporar este mecanismo de delación tutelar a nuestro Código Civil fue desechada en las Cortes, a pesar de la propuesta de determinados parlamentarios de los grupos popular y comunista, sin duda más atentos al avance de las enfermedades degenerativas, a menudo asociadas a toxicomanías, y a las patologías propias de la edad avanzada en relación con el discernimiento y capacidad de autogobierno de las personas.

La incorporación de la así llamada autotutela⁸¹ a un ordenamiento

⁸⁰ En este sentido se manifestaba el Dr. Molinuevo, neurólogo del programa de diagnóstico genético del Hospital Clínico de Barcelona a propósito del suceso que representó la notificación de la enfermedad a varios miembros de una familia que la sufrirán antes de cumplir los sesenta años. *El Cultural. Ciencia*, 10.7.2002, 54 ss.

⁸¹ PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, "La autotutela como medio de protección de los mayores" en *Actas de las primeras jornadas de problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores*, Córdoba, 2000, 235 ss, atribuye la creación del término "autotutela" en España al Abogado del Estado D. Eloy Sánchez Torres, si bien probable-

jurídico positivo en España habría de esperar todavía más de doce años y se produjo, una vez más, a través del Derecho catalán, con ocasión de la reforma de las instituciones de guarda y representación que tuvo lugar por la L. 11/ 1996, de 29 de julio, para ser más tarde recogida en el artículo 172 del Código de la Familia de Cataluña (CFcat) promulgado por Ley 15. 7. 1998,⁸² mientras que en el ámbito del derecho común su aceptación por el Código civil ha sido todavía más reciente, pues solo a propósito de una ley sectorial, la de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad (Ley 41/ 2003, de 18 de noviembre) se introdujo la posibilidad que nos ocupa mediante la adición de tres nuevos párrafos al artículo 223 del Código civil.⁸³

No puede olvidarse, sin embargo, que en la práctica notarial⁸⁴ se han

mente el mayor defensor de la figura fue Crehuet del Amo, que la denominó “tutela fiduciaria” proponiendo que fuera considerada como una forma más de tutela, a añadir a las ya existentes: testamentaria, legítima y dativa. Denominación ésta de “autotutela” utilizada también por algunos otros autores: MARTINEZ GARCÍA, *Apoderamientos preventivos y autotutela*, Madrid, 2000; FERNANDEZ GONZALEZ, “La autotutela”, AC, 41, 2002, 1276, y convencionalmente admitida, acaso por su expresividad y sencillez, parece finalmente haber hecho fortuna al haber sido acogida por la nueva regulación legal, ciertamente que no en el propio Código Civil, pero sí en la ley que lo reforma en este punto, ya que el artículo 9 de la Ley 41/ 2003 se encabeza con el siguiente epígrafe: <Modificaciones del Código Civil en materia de autotutela>.

⁸² Según la norma catalana del artículo 172 del Código de Familia “1. Cualquier persona, en previsión de ser declarada incapaz, puede nombrar, en escritura pública, a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares establecidos en este Código, así como designar a sustitutos de los mismos o excluir a determinadas personas. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones prevalece la posterior. También puede establecer el funcionamiento, la remuneración y el contenido en general, de su tutela, especialmente en lo que se refiere al cuidado de su persona. Estos nombramientos pueden realizarse tanto de forma conjunta como sucesiva. 2. Los nombramientos y las exclusiones pueden ser impugnados por las personas llamadas por la ley para ejercer la tutela o por el Ministerio Fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las causas explicitadas o que presumiblemente hayan sido tenidas en cuenta al efectuar la designación o la exclusión.” Sobre la experiencia catalana respecto a la auto previsión de la tutela, BONE PINA, “La tutela y la curatela en el nuevo Código de Familia de Cataluña”, AC, 1- 2000, 9

⁸³ Dice el artículo 223 II del Código Civil en la nueva redacción recibida, según el artículo 9 de la ley 41/ 2003, y tras prever en su párrafo 1º que los padres podrán en testamento o documento público notarial, entre otras cosas, nombrar tutor a sus hijos menores o incapacitados, que: “Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a sus propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

Los documentos públicos a que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado. En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará la certificación del Registro Civil y, en su caso, del Registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo”

⁸⁴ MARTINEZ DÍE, *La formulación notarial del Derecho y la protección de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid, 2000.

venido autorizando escrituras de designación de propio tutor futuro o de previsión de la propia tutela, a la par que se han generalizado ciertas cláusulas que en función de la protección de personas mayores y discapacitados han sabido extraer las posibilidades que ofrece una adecuada interpretación de preceptos como el artículo 1713 CC en cuanto a la extensión del mandato y apoderamiento o la utilización de la condición resolutoria expresa en función de garantía del cumplimiento de obligaciones asumidas a cambio de transmisiones de inmuebles.

En cualquier caso, esa situación que la práctica venía deparando en los últimos años, al margen de la experiencia catalana que contaba ya con un respaldo legal, ha abocado a que hoy, cualquier persona que todavía disponga de sus facultades mentales pueda, en previsión de que en el futuro pueda llegar a ser incapacitado, tomar las determinaciones que le parezcan convenientes en orden tanto a la designación de su tutor como a su persona o bienes.

Dichas determinaciones suponen una declaración de voluntad que necesariamente ha de ser recogida, dice el precepto del artículo 223 CC, en documento público notarial. El sistema se cierra con un procedimiento de constancia registral de tales disposiciones, cuya finalidad es que, llegado el caso de la incapacitación, el Juez pueda asegurarse de que efectivamente existen o no, y puedan así ser tenidas en cuenta en su resolución.

Debe notarse que la genérica referencia al documento público notarial que se hace en este párrafo 2º creo se reduce en la práctica a la escritura pública, por ser éste el vehículo adecuado para plasmar las declaraciones de voluntad, actos jurídicos que impliquen consentimiento y contratos de todas clases (cfr. artículo 144. 2 Reglamento Notarial). Desde luego no pueden entenderse incluidas aquí las actas ni cualesquiera de los testamentos notariales comunes, abierto o cerrado, y ello tanto porque cuando el legislador quiere permitir esa vía de delación testamentaria lo hace expresamente, como ocurre con la facultad que se reconoce a los padres, en el párrafo 1º de este mismo precepto, de nombrar tutor a sus hijos, distinguiendo que lo hagan en testamento o en documento público notarial, cuanto porque el supuesto es, en sí mismo, absurdo.

Es cierto que antes de la nueva regulación introducida por la ley 41/2003, ante el vacío normativo sobre la autotutela y girando las especulaciones acerca de su admisibilidad en una interpretación que tomaba como base la redacción del artículo 223, coincidente con el actual párrafo 1º, podía pensarse que si los padres pueden nombrar tutor a sus hijos, con mayor razón

debiera admitirse que lo hicieran los propios interesados⁸⁵, ante lo cual, a primera vista podía parecer no existir inconveniente para incluir la consideración del testamento como vía posible de delación de la autotutela e, incluso, retorciendo el razonamiento, dudar ante la posibilidad de recurrir no solo a las formas testamentarias notariales sino también a las demás, con tal de que hubieran sido debidamente averdadas y protocolizadas. Pero aún en ese escenario, desde luego anterior a la nueva disciplina de 2003, y por lo que respecta a esta cuestión de autodesignación de tutor, obviamente para el momento en que tal testamento hubiera de producir sus efectos, de poco habría de servir ya el tutor al testador.

No es imaginable, en consecuencia, la hipótesis de autodesignación testamentaria de tutor, por lo que ese es un supuesto que ya anteriormente a la ley 41/2003 debía entenderse excluido; lo que viene además confirmado por el hecho de que la novedosa admisión de esta posibilidad de delación de la tutela no mencione en el artículo 223 II CC al testamento y se refiera, exclusivamente, al documento público notarial.

Ello sentado, es claro que, cuando el párrafo 3º del artículo 223 CC prevé que el juez, en los procedimientos de incapacitación, haya de recabar certificación no solo del Registro civil, sino también, en su caso, del Registro de Actos de Ultima Voluntad, se está refiriendo, por lo que a este último organismo respecta, a la hipótesis del número 1º del propio artículo 223 y no a este supuesto, de nueva previsión legislativa, de la autotutela.

Por lo demás, es claro que la autotutela es un acto jurídico que participa de las notas características propias de esta clase de manifestaciones, al integrarse de una declaración unilateral de voluntad, naturalmente recepticia, *intervivos* y sometida a la solemnidad de la escritura pública. Al mismo tiempo se trata de un evidente acto personalísimo y, por último, esencialmente revocable.⁸⁶

⁸⁵ PEREZ DE VARGAS, cit., 238

⁸⁶ Notas que señala PEREZ DE VARGAS, cit., 237 - 239, quien se muestra partidario de un concepto de autotutela en sentido amplio, de manera que, siguiendo la distinción propuesta por RODRIGUEZ- ARIAS BUSTAMANTE entre autotutela positiva y autotutela negativa, sea posible incluir en su definición tanto los aspectos positivos como el efecto simplemente excluyente que a veces se busca y cuyo fundamento legal se encuentra en la alusión al beneficio del incapacitado que se hace en los artículos 224 y 233 CC, y muy especialmente en el artículo 234 2º, que faculta al juez para prescindir de las personas que vinieran llamadas al ejercicio de la tutela. Y por analogía, del artículo 245 CC que permite a los padres excluir de la tutela de sus hijos a determinadas personas, ya que si pueden vetar los padres, con mayor razón deben poder hacerlo los propios interesados.

Consecuencia necesaria de la incorporación de la autotutela a nuestro derecho positivo es la modificación del párrafo 1º del artículo 234 CC por cuanto, respecto del nombramiento del tutor, se pasa a otorgar preferencia al designado por el propio tutelado frente al resto de las personas (cónyuge, padres, tutor designado por estos en sus disposiciones de última voluntad o parientes) que el precepto ordena, de forma que en atención a dicha preferencia legal puede afirmarse que para el nombramiento de tutor el juez está vinculado por la designación que realizó el propio incapacitado⁸⁷.

La designación del tutor en la escritura pública no supone en realidad más que una indicación que el futuro incapaz hace al juez respecto de la persona que desea que sea nombrado tutor. Pero ello, en principio, no puede impedir que el órgano judicial adopte una decisión distinta cuando no sea posible cumplir con las instrucciones al respecto; lo que puede ocurrir por distintas razones, que van desde que el designado no reúna las condiciones de capacidad necesarias (se designó a un sobrino menor de edad, pero el curso de la enfermedad se precipita y hay que incapacitar al interesado antes de que el sobrino alcance la mayoría) a que, simplemente, el juez considere que el designado no es persona adecuada para el desempeño del cargo, pues debe jugar aquí, ante todo, el beneficio del menor o del incapacitado.

El beneficio del incapacitado, como el del menor, es el criterio que el propio Código Civil aplica al facultar al juez para alterar el orden de llamamientos a la tutela contenido en el artículo 234, autorizándole incluso a prescindir de todas las personas allí mencionadas nombrando a otra distinta. De forma que, por la misma razón, el juez puede, en resolución igualmente motivada, como exige el mencionado precepto, apreciar que el beneficio del tutelado exige que la tutela no sea desempeñada por quién él designó, y nombrar a persona distinta.

Pero la cuestión es si podrá el juez nombrar tutor a quién el incapacitado quiso excluir expresamente de la función de tutelarle (“autotutela negativa”) por considerar que es lo más beneficioso para él, acaso por entender que lo es la integración en la vida familiar del tutor: argumento *ex* artículo 234 *in fine*, según el cual se considera beneficiosa para

⁸⁷ Vinculación del juez que en Cataluña encuentra apoyo legal en el artículo 178 del Código de Familia, según el cual “Si no hay tutor o tutora nombrado por la propia persona interesada o por el padre y la madre, o si la persona designada es incapaz para ejercer el cargo, se excusa o es removida del mismo, corresponde a la autoridad judicial dicha designación....”.

el menor la integración en la vida de familia del tutor.

En mi opinión, el juez ha de respetar la voluntad del incapacitado y no debe nombrar a quien aquel excluyó, porque no es lo mismo verse obligado a no nombrar a quien fue designado, por tener que admitir alguna excusa (cfr. artículo 251 CC) o concurrir causa de inhabilidad (artículos 243 –246 CC) o, simplemente estimar que no sería beneficioso para el tutelado, que nombrar a quién, cuando todavía era plenamente capaz, expresamente consideró el propio interesado que no era persona adecuada para el cuidado de su persona y bienes.

Conviene notar que en este punto no debe jugar consideración positiva alguna de la existencia de beneficio para el incapacitado, habida cuenta que la presunción que se establece en el párrafo final del artículo 234 se refiere solo al menor y no al incapacitado.

Puede decirse, pues, que el arbitrio judicial, al que sin duda hay que reconocer todo el amplio margen que requiere un sistema de tutela de autoridad, como lo es el nuestro desde 1983, resulta modulado en esta materia por el respeto al interés y beneficio del incapacitado, por lo que queda aquí hasta cierto punto supeditado a la existencia de esa declaración de voluntad del propio incapacitado. Pero, según me parece, no hasta el extremo de impedirle llegar a contradecir aquella voluntad, en el improbable supuesto de que resulte imposible el nombramiento de otra persona, incluso jurídica, de manera que, ineludiblemente, el juez se viera obligado a nombrar tutor a aquella persona no deseada.

Como creo que, con todas las salvedades pertinentes, el argumento para llegar a esta conclusión no reside en el artículo 234, sino que posee una evidente naturaleza analógica a partir de la disposición del artículo 245 CC, precepto que impide que el nombramiento de tutor recaiga en quien haya sido excluido de tal función por el padre o por la madre en testamento o en documento notarial, pero que, sin embargo, autoriza al juez a hacerlo si es que, en resolución motivada, considera que ello sería beneficioso para el menor o incapacitado.

Es cierto que ambas situaciones no son de idéntica factura, porque el artículo 245 CC contempla a unas personas, menores o incapacitados, que carecen de capacidad de obrar necesaria, por cuyo motivo son sus representantes legales los que expresan una opinión excluyente, que el juez, en principio, ha de respetar, pero que puede no hacerlo. Mientras que en la autotutela negativa se parte de una

declaración de voluntad hecha por un sujeto plenamente capaz y por tanto perfectamente eficaz, aunque sus efectos se encuentren de momento suspendidos y hayan de desplegarse en el futuro. Pero nótese que existe una evidente identidad de razón que justifica el recurso a la analogía, sobre todo si se considera que la propia admisión de la facultad de exclusión, que venimos llamando autotutela negativa, y a la que para nada se refiere la nueva regulación introducida por la Ley 41/ 2003, puede encontrar un argumento, igualmente analógico, para su admisibilidad precisamente en ese mismo precepto del artículo 245 CC, ya que si los padres pueden excluir a alguien de la tutela, con mayor razón debe poder hacerlo el propio interesado, futuro incapacitado.

En conclusión, considero que por las razones aludidas, el juez puede, excepcionalmente, en resolución motivada, no seguir las instrucciones positivas del incapacitado y proceder al nombramiento del tutor que considere idóneo, de acuerdo con el fin último de la búsqueda del beneficio del tutelado. Mientras que si las instrucciones son simplemente negativas o excluyentes, el juez no podría nombrar al excluido sino en defecto, incluso, de que no fuera posible encomendar la tutela a una persona jurídica, lo que en la actualidad será especialmente extraño por las razones que inmediatamente apuntaré. Advirtiéndolo, además, que en tal situación el Juez habrá de valorar igualmente que no exista una enemistad manifiesta que quepa deducir de la pretendida exclusión o de las circunstancias concurrentes y que sea susceptible de calificar como causa de inhabilidad, incluida en el artículo 244. 2º CC que le impida el nombramiento de ese tutor.

Y respecto a la tutela desde una persona jurídica, ciertamente, la ley 41/2003 ha añadido, asimismo, un tercer párrafo al artículo 239 CC en cuya virtud, cuando ninguna de las personas mencionadas en el artículo 234 CC sea nombrado tutor, se encomienda, por ministerio de la ley, la tutela de los incapaces a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada semejante función. Tal referencia supone explicitar una suerte de tutela automática, similar a la que respecto de los menores en situación de desamparo se prevé en el artículo 172 CC⁸⁸. Ello significa que, en rigor, nunca será imposible

⁸⁸ Aunque, en rigor, no elimina las posibles dudas que en la situación anterior podían surgir respecto de si era posible que la designación de tutor recayera en una persona jurídica cualquiera, pública o privada, con tal de que cumpliera las condiciones que les exige el artículo 242 al admitir que puedan ser tutores las personas jurídicas, es decir, que carezcan de finalidad lucrativa y a que entre sus fines figure la protección de menores e incapacitados. *Vide* las consideraciones de Sancho Rebullida en LACRUZ- SANCHEZ,

respetar la voluntad del tutelado de que su tutor no sea determinada persona, porque siempre será posible recurrir a la situación de desamparo en que quedaría para justificar que sea la entidad pública de referencia quien asuma la tutela.

Conviene no obstante parar la atención en que este paralelismo entre ambas situaciones de desamparo, las de los artículos 172 y 239. 3. CC es más aparente que real. En puridad, el desamparo de la persona a que se refiere el artículo 239. 3 CC es material pero no jurídico, al menos conceptualmente. Y es que la situación no es igual que la que se produce cuando se trata de un menor, ya que éste, hasta que alcance la mayoría, es persona con capacidad de obrar no plena, o con un ámbito más o menos restringido de capacidad, si se prefiere éste término al de incapaz absoluto, que desde luego no lo es. Pero no es menos cierto que el mayor de edad, hasta tanto no se declare judicialmente incapacitado podrá ser quizás un discapacitado, al verse incurso en una enfermedad que afecte a su capacidad para gobernarse a sí mismo, e incluso administrativamente ser tenido por tal, pero jurídicamente y desde el punto de vista de su capacidad de obrar, cuenta a su favor con la presunción de ser plenamente capaz⁸⁹. Presunción que, naturalmente, puede ser destruida con facilidad si se dan esas circunstancias de discapacidad, y así se acredita: por ejemplo, en un proceso en el que se impugne un acto que resulte ser, por esa razón, anulable, al haber propiciado su discapacidad que incurriera en un vicio de la voluntad.

Por lo que respecta a los mayores de edad incapacitados, la tutela de

Elementos de Derecho Civil, IV, II, Barcelona, 1984, 292, que hace suyas RAMS ALBELSA en la nueva edición de la misma obra, Madrid, 2002, 445. Asimismo las opiniones contrapuestas de LETE DEL RIO, en su comentario al artículo 242, en *Comentarios EDERSA*, ob. cit., IV, Madrid, 1984 y de BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., en su comentario al artículo 242 en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela*, Madrid, 1986, acerca de si las personas jurídicas mencionadas en el artículo 242 son exclusivamente las privadas con fines no lucrativos, y en particular las de fundación eclesiástica, o se incluyen también las dependientes del Estado de las Administraciones públicas. Cuestión que, como ha quedado dicho en el texto, ha aclarado hoy la reforma del artículo 239 CC por la L. 41/ 2003 al añadir el nuevo párrafo 3º.

⁸⁹ Aún referidos a la situación anterior a la reforma introducida por la LEC 2000, vide ROCA GUILLAMÓN, "Comentarios a los artículos 199 a 205" en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, I, 629 ss. GARCIA- RIPOLL MONTIJANO, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Madrid, 1992. Más recientemente, NADAL Y OLLER, *La incapacitación*, Barcelona, 2000. O'CALLAGHAN MUÑOZ "La declaración de incapacidad", en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. GETE-ALONSO CALERA "Capacidad- Incapacitación" en AAVV, *La protección civil de las personas sometidas a manipulación mental*, (dir.: Gete- Alonso) Valencia, 2003, 28 ss

quienes se encuentran en situación de desamparo suele ser asumida en la actualidad por fundaciones creadas en el seno de las consejerías u organismos autonómicos de servicios sociales, que, al tiempo, ejercen también la defensa judicial de los mayores de edad sometidos a proceso de incapacitación, y desempeñan las funciones que el juez determine en la fase provisional de protección de la persona y bienes de tales personas. Así, la Fundación Murciana para la Tutela y Defensa Judicial de Adultos, constituida en 2002 por iniciativa de la Consejería de Trabajo y Política Social, tiene por objeto, al igual que fundaciones similares en otras Comunidades autónomas, el ejercicio de la tutela y curatela de los mayores de edad incapacitados legalmente, cuando así lo determine el Juez -lo que ocurrirá cuando se den los presupuestos del nuevo párrafo tercero del artículo 239 CC - así como, entre otros fines, la defensa judicial de estas personas durante los procesos de incapacitación y la administración de los bienes del tutelado.

La nueva redacción del artículo 223 II CC sugiere, por otra parte, la cuestión de la naturaleza de la situación jurídica creada a partir de la expresión de la voluntad del acaso futuro incapaz. Porque es evidente que la simple posibilidad de adoptar decisiones, entre las cuales no solo está la designación de tutor sino también otras relativas a su persona o bienes, no implica la efectividad inmediata de las mismas, sino que será preciso que se cumpla el evento al cual se subordina su eficacia y que no es otro que la declaración de la propia incapacidad, pues solo en este caso se pone en marcha el mecanismo de suplencia de la misma que ha de desembocar en el nombramiento de tutor.

Tal situación es, por ende, claramente condicional, pendiente, para el desarrollo de los efectos queridos, del cumplimiento de la condición suspensiva que representa la incapacitación. De modo que si esta condición no se cumple, porque efectivamente no llega a desarrollarse la temida enfermedad, o se hace en grado que no impide el autogobierno del que, entretanto, sigue siendo plenamente capaz, no llegará a ser necesaria la constitución de la tutela, con lo que la designación hecha por el propio interesado quedará sin efectividad.

A diferencia de lo hecho por el legislador catalán, no ha incorporado la reforma del Código Civil por la L. 41/2003 referencia expresa alguna a la posibilidad de designación de curador para el caso que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 287 CC, sea esta la forma que el juez acuerde como mecanismo de protección, en atención al grado de discernimiento del incapacitado. Así, mientras que el artículo 239. 1 CF

cat⁹⁰ ha previsto que la persona que ha de ejercer la curatela pueda ser designada por la misma persona interesada, si es que es esta la forma de guarda acordada al incapacitado por entender que en el caso no sea adecuada la constitución de la tutela -cfr. art. 238. c) CF cat – la mención que se hace en el nuevo artículo 223 II CC es exclusivamente al tutor.

Sin embargo los términos amplios en los que se expresa el legislador (... *podrá adoptar... cualquier disposición relativa a su persona y bienes...*) acaso autorizan a pensar que no existe inconveniente en una designación de curador hecha en las mismas circunstancias que la de tutor, siempre que se haga advertencia expresa de dicha previsión, con lo que estamos admitiendo la posibilidad de una “autocuratela”. No obstante tal nombramiento de curador futuro me parece que solo debería ser admisible para los supuestos en que efectivamente el interesado llegue a ser incapacitado pero que en función de su grado de discernimiento, no se le constituya la tutela sino la curatela, pues es claro que quien puede lo más, puede lo menos.

Pero no me parece tan clara su admisibilidad en aquellos casos en los la constitución de la curatela sea consecuencia de la declaración de prodigalidad, ya que ésta no es una situación que pueda ser instada por el propio pródigo (art. 757. 5 LEC 2000) a diferencia de lo que, según se indicó al principio, ocurre hoy con la incapacitación (cfr. artículo 757. 1 LEC 2000, reformado por el artículo 14 de la L. 41/ 2003) y no parece por ello que, dada la naturaleza de los motivos que pueden dar lugar a la prodigalidad, deba permitírsele decidir el nombramiento de su curador.

XI. Las relaciones entre abuelos y nietos en las crisis matrimoniales de los progenitores.

Es relativamente frecuente que en las crisis matrimoniales, además de los propios cónyuges- y lo mismo cuando hay una relación de pareja no casada- se citen a los hijos como primeras víctimas que han de sufrir las consecuencias de la ruptura⁹¹. Y al efecto la propia ley dispone medidas que deben adoptarse con la garantía judicial de su cumplimiento para

⁹⁰ Article 239 CF cat.: Delació. 1. La designació de la persona que ha d'exercir la curatela pot fer-la la mateixa persona interessada, el pare i la mare o judicialment, en les mateixes circumstàncies de la tutela.

⁹¹ Sobre estas cuestiones, vide el volumen publicado por la Asociación Española de Abogados de Familia, *Los hijos menores edad en situación de crisis familiar*, Madrid, 2002.

mitigar esa disminución en la intensidad en las relaciones que con respecto a alguno de los progenitores suele producirse. El derecho de visita, el ejercicio - a veces modalizado- de la patria potestad y de los deberes de custodia anejos a la misma se justifican precisamente por ello. Sin embargo también existen frecuentemente otras personas, los abuelos, que pueden padecer de modo más o menos indirecto los efectos de la ruptura matrimonial o sentimental de sus hijos, y que viéndose profundamente afectados por la interrupción de sus relaciones con sus nietos, se ha venido diciendo que carecían sin embargo de mecanismos legales que de modo explícito y contundente les permitan seguir relacionándose con ellos.

Hay en este planteamiento un doble aspecto a considerar, pues por una parte cuando se ha pretendido confiarles la guarda y custodia de los nietos es evidente que debe primar ante todo en esa decisión el interés de los menores que acaso se vea mejor protegido quedando al cuidado de sus abuelos que al de otra persona o institución. Pero si simplemente se trata de establecer un derecho de visita a los nietos que quedan al cuidado del ex cónyuge de su hijo, cabalmente se está reconociendo que existe un derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos – y de éstos con aquellos – que escapa en su justificación a aspectos puramente materiales y de conveniencia, para circunscribirse más bien en la esfera espiritual o moral. Lo que al mismo tiempo deja entrever una razón de índole protectora del interés de esas personas mayores que son los abuelos en aspectos tan íntimos como es el cariño doblemente proyectado hacia sus nietos, por ellos mismos y a través de su progenitor, hijo a su vez de aquellos.

El Tribunal Supremo reconoció en la STS de 7 de abril de 1994, y lo ha hecho después - más claramente desde la L.O. 1/ 1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor - ese derecho de los abuelos a ejercer la custodia sobre sus nietos cuando las condiciones personales de los padres les impide desarrollar esa función, inherente a la patria potestad, de manera adecuada. Así la STS de 11 de junio de 1996 y otras posteriores como las de 17.09. 1996, 11.06.1998 y 23.11.1999.

Son muy frecuentes, pues, ya las resoluciones judiciales en las que se establece el derecho de visita entre abuelos y nietos, todas ellas apoyadas desde luego en el interés y conveniencia del menor y con habitual cita de los tratados internacionales suscritos por España en esta materia, como la Convención de Naciones Unidas de 20 de Noviembre de 1989 sobre Derechos del Niño, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990.

Debe notarse sin embargo que la relación entre nietos y abuelos ya

no se configura exclusivamente como un derecho de los menores, sino que, sin menoscabo de que en caso de conflicto deba seguir, por supuesto, primando el interés primordial de éstos, se ha sugerido también jurisprudencialmente una suerte de derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos, lo que en Cataluña ha llegado a ser consagrado legislativamente desde hace ya varios años como un auténtico derecho subjetivo de aquellos, por cuanto el artículo 135. 2 del Código de Familia señala explícitamente el derecho de los abuelos a mantener relación con los nietos, lo que implica la correlativa obligación de los padres bajo cuya potestad se encuentren de permitir y facilitar esa comunicación.

Acaso todo ello ha pesado en el legislador estatal a la hora de abordar la reciente reforma del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil a través de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre. Dicha ley parece responder a una reivindicación de determinados colectivos de abuelos que venían demandando una solución al distanciamiento forzoso que respecto de sus nietos se les viene imponiendo de hecho, sobre todo en aquellos casos en que la ruptura matrimonial se sustancia sin acuerdo de los progenitores.⁹² La reforma afecta a los artículos 90, 94, 103.1, 160 y 161 CC y 250.1º. 12 LEC.

Hasta la reciente reforma legal, pues, el único apoyo legislativo disponible para paliar esta situación ha venido representado por el texto del artículo 160 del Código civil, el cual después de proclamar el derecho del padre y de la madre a relacionarse con sus hijos menores aunque no ejerzan la patria potestad, faculta al juez a resolver a petición del menor o del pariente o allegado en caso de oposición a que el hijo se relacione con otros parientes – entre los que sin duda se han de incluir a los abuelos- ha servido de cauce, cuando ha sido preciso, para la satisfacción de tan legítimas pretensiones.

No obstante, la falta de una declaración legal indubitada de la existencia de un derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos acaso ha servido de pretexto para las reclamaciones de estos grupos de personas, a los que probablemente ha parecido excesivo el marco de discrecionalidad

⁹² Las separaciones y divorcios sin acuerdo de los cónyuges representaron en 2002 un 36 % (41.504) del total de los 115.049 producidos en dicho año, según datos del Consejo General del Poder Judicial, lo cual es una cifra significativa, pues suponiendo que como consecuencia de esa situación de enfrentamiento conyugal en que se encuentran sus hijos solamente los padres de aquel cónyuge que es privado de vivir en compañía de los menores tengan dificultades para relacionarse con sus nietos, la cifra potencial de personas afectadas ascendería a 83.008, número que aún cuando debiera sufrir las correspondientes correcciones estadísticas es sin duda muy elevado como para resultar políticamente indiferente.

judicial que cabía deducir del párrafo 3º del artículo 160 CC Pero en este sentido la reforma, si se quiere, tiene algo de cosmética, puesto que la nueva redacción del párrafo segundo y el primer inciso del tercero del artículo 160 se ha limitado a introducir la palabra “abuelos” junto a los ya antes citados “parientes” y “allegados”, lo cual puede ser motivo de satisfacción para aquellos al verse ahora expresamente nombrados o distinguidos en la ley, pero realmente no puede hablarse de que se les haya incluido *ex novo*, porque incluidos ya estaban dentro de la mención legal al género “parientes” y ha sido precisamente en atención a ello que los jueces han podido considerarlos en sus resoluciones cuando lo han estimado oportuno y conveniente.

El precepto reformado sigue siendo un tanto críptico en cuanto a la afirmación de la existencia de un derecho subjetivo de los abuelos a relacionarse con los nietos, ya que, realmente, lo que se hace es contemplar la situación desde la perspectiva del menor: en rigor, es a éste al que no puede impedírsele sin justa causa las relaciones personales con sus abuelos y otros parientes y allegados (cfr. art. 160.1 CC). Aunque naturalmente tales relaciones encierran un componente de reciprocidad que es de donde cabe deducir que también los abuelos poseen ese derecho, razón por la que se justifica que en caso de oposición, el juez, a petición del menor, pero también a petición de los abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias.

La oposición a las relaciones entre nietos y abuelos parece que solo puede referirse a la actitud contraria de uno de los progenitores –normalmente aquel en cuya compañía han quedado- a que los hijos menores sean visitados por los abuelos, ordinariamente los padres de su antiguo cónyuge o pareja de hecho.

Más explícito en la declaración de la existencia de un auténtico derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos se muestra el asimismo reformado artículo 161, por cuanto se les menciona ahora conjuntamente a los padres y demás parientes o allegados, mención, por cierto, también nueva. Dice el nuevo texto que “tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres, abuelos, parientes o allegados corresponde para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor”. Como se ve, aunque sea desde una óptica restrictiva que resulta de estar tal derecho subordinado al interés del menor - que es lo que faculta al juez para intervenir modalizando el ejercicio de tal derecho- lo importante es advertir que tratándose de menores en situación de internamiento el anterior artículo 161 sola-

mente reconocía un derecho de visita a los padres, mientras que, ahora, este derecho de visita, ampliado con el derecho a relacionarse, se extiende a los abuelos, parientes e incluso a quien no lo sea, con tal de que el menor o el mismo interesado hagan valer su condición de allegados.

Es interesante notar que el legislador no ha sido ajeno a las objeciones de determinados colectivos explicitadas ya durante la fase de proyecto de ley de esta reforma. Y es que, concretamente, la Comisión de Investigación de Malos Tratos a Mujeres y el propio CGPJ habían llamado la atención sobre la necesidad de que los jueces estén especialmente atentos y adopten las medidas que procedan en los casos de los padres de un progenitor violento al que se le haya impedido o restringido el derecho de visita, imponiendo a los abuelos el deber de acatar estrictamente dicha resolución judicial, para evitar que puedan facilitar al padre o madre la visita o comunicación limitada o prohibida. Y también la Federación de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas había advertido de que el régimen de visitas a los abuelos puede servir para burlar la restricción o prohibición impuesta al padre por su carácter violento o por cualquier otra razón contraria al interés del menor. Por ello se ha añadido un nuevo inciso al segundo párrafo del artículo 161 diciendo que el juez “especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculden la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con algunos de sus progenitores”.

No obstante, y a pesar de lo que a primera vista pudiera parecer, no creo que se pueda decir que esta reforma del Código y de la Ley de Enjuiciamiento Civil introducida por la ley 42/ 2003 es intrascendente, pues en rigor no se queda simplemente en estos retoques de simple énfasis de un derecho recíproco de abuelos y nietos a relacionarse que, hasta aquí, podía apoyarse perfectamente en el preexistente texto del artículo 160, sino que va bastante más allá, y es ahí donde me parece que la reforma se muestra como de más calado, lo que no excluye que pueda ser en algún punto también más discutible.

Se puede advertir, en primer lugar, que la introducción en el artículo 90 del Código Civil de una mención a la posibilidad de que en el convenio regulador se establezca el régimen de visita y relación de los nietos con sus abuelos tampoco aporta nada nuevo. Porque nótese que esa mención no se ha introducido como parte del contenido forzoso del convenio, que es lo que hubiera supuesto realmente una novedad, si no solo cuando se considere necesario por los propios cónyuges, que son los que

suscriben el convenio regulador y en este punto están de acuerdo en dar relevancia al derecho de los hijos a relacionarse con sus abuelos. Así debe ser entendido ese nuevo párrafo B) del artículo 90 cuando dice que si se considera necesario, el convenio regulador deberá referirse al régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquellos. Por lo tanto, se deja a la apreciación, de común acuerdo por ambos progenitores, de la existencia de tal conveniencia el que se pacte o no el régimen de visitas de los abuelos; lo cual, evidentemente, sitúa a este acuerdo en el mismo plano que cualesquiera otros que sobre cualquier otro extremo distinto a los mencionados en el artículo 90 pudieran estimar conveniente incorporar los cónyuges al convenio regulador de su nueva situación que, preceptivamente (artículo 81. 1. CC), han de acompañar a su demanda de separación por mutuo acuerdo.

Sin embargo, dicha propuesta en el convenio de un régimen de visitas y comunicación para nietos y abuelos queda sometido, como el resto de su contenido, a la aprobación judicial y por ende sometido también a la valoración de no ser dañoso para los propios hijos. Pero en este caso el juez, para poder prestar su aprobación, debe, además, y ésta es quizás la auténtica novedad de este nuevo punto, recabar el consentimiento de los abuelos a los que debe escuchar en un trámite de audiencia, que antes no estaba previsto, durante el cual deben de prestarlo. De manera que si los abuelos se niegan a prestar ese consentimiento, o si el juez entiende que es perjudicial para el hijo, el acuerdo de los padres habrá de ser denegado, con las mismas consecuencias que para el resto del contenido del convenio regulador se prevén el antepenúltimo párrafo del artículo 90.

Corolario de la mención del artículo 160 CC es la reforma del artículo 94, al que se le añade un párrafo 2º en el que, tras haberse referido en el primer inciso al derecho del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados a relacionarse con ellos, visitarlos y tenerlos en su compañía, se añade que igualmente el juez podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160, teniendo siempre presente el interés del menor.

Respecto del artículo 103 CC y en el ámbito de las medidas provisionales, ocurre algo parecido a lo que antes decíamos en relación con el artículo 160. Y es que se ha modificado el inciso segundo de la medida 1ª explicitando que “excepcionalmente los hijos podrán ser encomendados a

los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren, y de no haberlos a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”. Lo que se ha hecho, pues, es aclarar que esa “otra persona” a la que genéricamente antes se refería el precepto, según su redacción original, pueden ser los abuelos, parientes u otras personas. Pero como la medida debe ser tomada en interés de los hijos, es claro que el juez, aunque hayan abuelos o parientes, puede no resolver a su favor si no lo estima oportuno para el interés de aquellos. Aparte de que, por supuesto, los abuelos ya debían considerarse incluidos bajo la redacción anterior en el omnicomprendido término “persona”.

Acaso la única novedad haya que verla en que el legislador ha querido establecer una suerte de preferencia en la designación de otras personas que, en defecto de los padres, estén llamados a ejercer las funciones tutelares. Preferencia que como sugiere la Exposición de Motivos se establece, en coherencia con la nueva disposición del artículo 90, a favor de los abuelos quienes, de existir, aceptarlo y no apreciarse perjuicio, deberán ser designados necesariamente antes que otros parientes, así como quienes ostenten este vínculo legal deben de tener prioridad sobre otras personas en las que no se de esa relación de parentesco

Nótese que el precepto del artículo 160 CC, como el del artículo 161, se enmarca en las relaciones paterno filiales y ambos son de aplicación, por tanto, no solo a los casos en que la filiación es matrimonial o adoptiva sino también a los de filiación no matrimonial, así como a supuestos distintos de las rupturas matrimoniales (a esta hipótesis se refiere la Exposición de Motivos de la ley) en los que por desinterés o ausencia de uno de ellos pueden resultar perjudicadas las relaciones de los nietos con sus abuelos. Por contra, es obvio que las novedades concretas que se contienen en las reformas introducidas en los artículos 90, 94 y 103. 1ª CC, solo son de aplicación a la filiación matrimonial, puesto que, por hipótesis legal, son medidas que se adoptan dentro de un proceso de separación, divorcio o nulidad, es decir, supuestos reglados de ruptura de una situación de convivencia reglada, como es la matrimonial.

Por su parte, la reforma del LEC es en realidad una simple aclaración hecha mediante la adición de un nuevo ordinal, el 12º, al artículo 250.1 LEC, limitándose a establecer que el cauce procesal adecuado para quienes pretendan la efectividad de los derechos del artículo 160 CC es el del, no podía ser de otra manera, juicio verbal.

Las mayores objeciones que a esta reforma cabe formular son de

orden práctico, puesto que los niños pueden verse abocados a un inconveniente régimen plural de visitas, ya que si se entiende que las modificaciones introducidas han generado un auténtico derecho subjetivo de los abuelos de visita y relación con sus nietos, no será ya solo uno de sus progenitores sino todos y cada uno de los abuelos los que puedan exigirlo, lo que puede conducir a una situación disparatada frente a lo cual hay que entender que el juez, a petición del progenitor en cuya compañía viva el menor y velando desde luego por su interés, debe de resolver lo que estime más conveniente para el mismo, aún cuando para ello deba sacrificar en buena medida ese presunto derecho subjetivo de los abuelos que, por lo demás, como antes señalé, el legislador estatal parece no haber querido establecer tan claramente en el Código Civil como el catalán.

Cierro con estas consideraciones, que han pretendido ser más críticas que puramente descriptivas, el panorama que inicialmente observé, en el que se advierte como el Derecho Civil se preocupa de situaciones singulares de la persona, como es ésta en la que la edad aconseja una protección específica. No he pretendido con ello sino hacer un apunte, espero que lo suficientemente breve como para no haber colmado vuestra paciencia. En cualquier caso, a todos, muchas gracias por la atención que he podido percibir hacia mis palabras.

He dicho.

Bibliografía citada:

ALBALADEJO, “La adquisición de la herencia en el derecho español”, *Anuario de Derecho Civil*, (ADC), 1955.

ALBALADEJO, “Lo que se puede donar”, *Actualidad Civil* (AC), 1986, p. 21

ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, V, Madrid, 1997.

ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II, 11ª ed., Madrid, 2002.

ALBALADEJO, *La mejora*, Madrid, 2003.

ALPAÑÉS, “La delegación de la facultad de mejorar” *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (RGLJ), 1953.

ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1989.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA, *Los hijos menores edad en situación de crisis familiar*, Madrid, 2002.

ASÚA GONZÁLEZ, *Designación de sucesor a través de tercero*, Madrid, 1992.

AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, Milano, 1984.

AVILA NAVARRO, “Extensión de la condición resolutoria explícita en la contratación inmobiliaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (RCDI), 1994, 2601.

BADENAS CARPIO, “El origen censual del artículo 1802 del Código Civil español ” en *Estudios en homenaje a la Profesora Teresa Puente*, II, Valencia, 1996.

BELLO JANEIRO, *Los pactos sucesorios en el Derecho civil de Galicia*, Madrid, 2001.

BELTRAN DE HEREDIA CASTAÑO, *La renta vitalicia*, Madrid, 1963.

BERCOVITZ RODRIGUEZ

CANO, R. “Artículo 242” en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela*, Madrid, 1986.

BERMEJO PUMAR, *El artículo 831 del Código Civil*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2001

BLASCO GASCÓ, *La mejora irrevocable*, Valencia, 1990.

BOLAS ALFONSO, *Protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Madrid, 2000.

BONE PINA, “La tutela y la curatela en el nuevo Código de Familia

de Cataluña” AC, 1- 2000.

BUSSI, Emilio, *La formazioni dei dogmi di Diritto privato nel Diritto Comune*, v. XXVII bis de los *Studi di Diritto Privato* (dir. ROTONDI), reimpresión de la ed. de 1939, Padova, 1971.

BUTERA, *Del contrato vitalizio*, Torino, 1935.

CARNEVALI, *La donazione modale*, Milano, 1969.

CARRASCO PERERA, “Comentario a la STS de 3 de noviembre de 1988”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (CCJC)*, 18, 987.

CASTAN VAZQUEZ, “La tercera edad y el Derecho”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, nº 31, Madrid, 2001.

CHILLON PEÑALVER, *El contrato de vitalicio: caracteres y contenido*, Madrid, 2000.

COBACHO GOMEZ, “Comentario a la STS de 21 de octubre de 1992”, *CCJC*, 30, 1992

CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 3ª ed., Paris 1978.

DATILLO, s. v. “Rendita” (diritto privato) en *Enciclopedia del Diritto*, XX, Milano, 1988.

DE CASTRO, “El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto”, *Revista de Derecho Notarial (RDN)*, nº 53, 1966, 17 ss

DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971 (y reedición de Civitas, Madrid, 1985).

DELGADO DE MIGUEL, “Perfiles jurídicos de un contrato de asistencia rural: cesión de bienes a cambio de alimentos”, *Libro homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo*, V, Madrid, 1988,.

DIAZ FUENTES, “Excepciones legales al personalismo de las disposiciones *mortis causa*”, *ADC*, 1965.

DÍEZ GOMEZ, “El nuevo artículo 831 del Código civil”, *RDN*, 1982.

DÍEZ-PICAZO, *La doctrina del enriquecimiento injustificado*, Madrid, 1987

DOMINGUEZ RODRIGO, “El artículo 831 del Código civil ante la doctrina de la *ratio legis*”, *Revista General de Derecho (RGD)*, 1982 y 1983.

ELIZONDO, *Novísima Recopilación de las Leyes de Reino de Navarra hechas en sus Cortes generales desde el año 1512 hasta 1716 inclusive*, 1735.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La sucesión contractual en el Código Civil*, Sevilla, 1999.

FALCÓN, *Código civil español*, Madrid, 1889.

FERNANDEZ COSTALES, “La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito”, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil* (coord.: Nieto Carol), T. II, v. 2º, Madrid, 1996.

- FERNANDEZ GONZALEZ, "La autotutela", *AC*, 41, 2002, 1282.
- FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, Madrid, 1931.
- FUENMAYOR CHAMPÍN, s.v. "Derecho civil de Galicia", en *Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX*, I.
- FUENMAYOR CHAMPIN, *La revocación de la propiedad*, Madrid, 1942
- FUENMAYOR CHAMPÍN, "La deuda alimenticia del donatario", *Revista de Derecho Privado (RDP)* 1942.
- GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852.
- GARCIA VALDECASAS, Guillermo, "La adquisición de la herencia en Derecho español" *RDP*, 1944, 89 ss
- GARCIA VALDECASAS, G. , "De nuevo sobre la adquisición de la herencia", *RDP*, 1951.
- GARCIA-ARANGO y DIAZ SAAVEDRA, "Patología actual de la hipoteca de máximo", *RCDI*, 1989
- GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, *La protección del enfermo mental no incapacitado*, Barcelona, 1992.
- GARRIDO DE PALMA, "Visión notarial del artículo 831 del Código civil", *Homenaje a Roca Sastre*, III, 1976.
- GETE-ALONSO CALERA, "Capacidad- Incapacitación" en AAVV, *La protección civil de las personas sometidas a manipulación mental*, (dir.: Gete- Alonso) Valencia, 2003.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, "La hipoteca de seguridad", en *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, II, Madrid, 1948.
- GONZÁLEZ POVEDA, *Resolución de la compraventa de inmuebles por impago del precio*, Madrid, 1997.
- GUILARTE ZAPATERO, "Comentario a los artículos 1790 a 1808", en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, dir. por Albaladejo, XXII.1º, (Comentarios EDESA), Madrid, 1982.
- GUIMERÁ PERAZA, "Hipoteca de máximo en garantía del pago de letras de cambio", *Revista Jurídica de Cataluña (RJC)*, 1954.
- HOUIN, *La rupture unilatérale du contrat sinalagmatiques*, Paris, 1973.
- HERRERO GARCIA, en *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- LACRUZ BERDEJO, en LACRUZ- SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988.
- LACRUZ BERDEJO, "Notas sobre el enriquecimiento sin causa", *RCDI* 1969.
- LALAGUNA, *Adquisición de la posesión de los bienes hereditarios*,

Valencia, 1988.

LANDOLFI, “Prorrogabilità dell’obbligo al mantenimiento dei figli”, *Rivista di Diritto matrimoniale e dello Stato delle Persone*, 1961.

LENER, s.v. “vitalizio” en *Novissimo Digesto Italiano*, XX, UTET, Torino, 1975.

LESER, *Des rücktritt vom vertrag*, Tübingen, 1975.

LETE DEL RIO, “Comentario al artículo 242”, en *Comentarios EDESA*, IV, Madrid, 1984.

LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980.

MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, VI, Madrid, 1899.

MARTINEZ CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia (filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio)*, Madrid, 1981

MARTINEZ GARCIA *Apoderamientos preventivos y autotutela*, Madrid, 2000.

MIQUEL GONZALEZ, J. M^a, “Artículos 761 - 814”, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, II, TECNOS, Madrid, 1984.

MIRAMBELL I ABANCÓ, *Els censos en el dret civil de Catalunya: la qüestió de l'emfiteusi (a propòsit de la Llei 6/ 1990)*. Barcelona, 1997.

MONTÉS PENADES, “Comentarios a los artículos 1113 a 1124” en *Comentarios EDESA*, XV, 1º, Madrid, 1989.

MONTÉS PENADÉS, “Comentario al artículo 1384” en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991.

NADAL Y OLLER, *La incapacitación*, Barcelona, 2000.

NUÑEZ BOLUDA, *El mutuo disenso*, Madrid, 1996.

NUÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, 1934.

O’CALLAGHAN, *Código Civil*, Madrid, 2001.

O’CALLAGHAN, “La declaración de incapacidad” en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid, 2000.

PALANDT - DIEDERICHSEN, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 62. Auflage, München, 2003.

PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, “La autotutela como medio de protección de los mayores” en *Actas de las primeras jornadas de problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores*, Córdoba, 2000, 235 ss.

PLANIOL-RIPERT, *Traité Practique de Droit Civil Français*, XI, Paris, 1934.

QUÍÑONERO, *La situación jurídica de renta vitalicia*, Murcia, 1979.

REBOLLEDO VALERA, "El contrato de vitalicio. Especial consideración a su regulación en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia". AC, nº 39, 1996, II.

REBOLLEDO VALERA, "Separación de bienes en el matrimonio", en *El régimen convencional de bienes en el Código Civil*, Madrid, 1983.

REY PORTOLÉS, "Comentario a vuela pluma de los artículos de Derecho sucesorio reformados por la Ley 11/ 1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio", *RCDI*, 1982.

RIBÓ, "La hipoteca de máximo", *RCDI*, 1925.

ROBERTI, *Il diritto agli alimenti nel diritto romano e nelle fonti patristiche*, Roma, 1935.

RODRIGUEZ MARIN, *El desistimiento unilateral*, Madrid, 1991.

ROCA I TRIAS, "Artículo 336 de la Compilación de Cataluña", en *Comentarios EDESA*, XXX, 1987.

ROCA GUILLAMÓN, "La hipoteca cambiaria", *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, (coord.: Nieto Carol), II, 2º, Madrid, 1996

ROCA GUILLAMÓN, "Comentarios a los artículos 199 a 205" en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, I.

ROCA GUILLAMÓN, "Comunidad Autónoma de Murcia. Nota Introductoria," en AAVV, *Derechos Civiles de España*, Aranzadi, 2000, II, 2725 ss

ROCA SASTRE, "La adquisición hereditaria de la posesión", *RGLJ*, 1953.

SALVADOR CODERCH, "El Proyecto de Código de Derecho civil de 1851 y el Derecho civil catalán", *Revista Jurídica de Cataluña*, (RJC) 1980, 49 ss

SANCHEZ ROMAN, *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1910, VI, 2º

SANFILIPPO, Giacomo, "Autonomia contrattuale e tutela dell'anziano nei contratti di rendita e mantenimento", *Rivista di Diritto Civile* (RDC), 1990, 100 ss

SANZ URANGA, "La nueva importancia del artículo 831 del Código civil", *RDN*, 1976.

SAVATIER, *La séparation des biens en droit française*, Paris, 1973.

SCAEVOLA, *Código Civil*, XIV, Madrid, 1918.

SCHWAB, § 1896, en *Müchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Familien Recht* II, 3. Auflage, München, 1992, 1360 ss

SECO CARO, Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo (Estudio sobre el artículo 831 del C. c. español), Barcelona, 1960.

TORRALBA, *El modo en el Derecho Civil*, Madrid, 1967.

TORRENTE, “Rendita perpetua e rendita vitalizia”, en Scialoja-Branca, *Commetari del Codice Civile*, IV, Bologna, 1969.

VALSECCHI, “La rendita perpetua e la rendita vitalizia” en CICU – MESSINEO, *Trattato de Diritto Civile e Commerciale*, Milano, 1961.

VALSECCHI, “Il contratto oneroso de rendita vitalizia”

VALLET DE GOYTISOLO, “Comentario a la STS de 30 de noviembre de 1987”, *CCJC*, 15, 1987.

VALLET DE GOYTISOLO, “Artículo 831” en *Comentarios EDER-SA*, XI, Madrid, 1982.

VALLET DE GOYTISOLO, “Negocios en fraude de ley, simulados, fiduciarios e indirectos”, *Revista Juridica del Notariado (RJN)* 1995, 199
SS

ZURILLA CARIÑANA, “Articulo 831” en *Comentarios al Código Civil* (R. BERCOVITZ, coordinador), Aranzadi, Elcano, 2001.

ZURITA MARTIN, Isabel, *Contratos vitalicios*, Madrid, 2001.

**CONTESTACION
DEL EXCELENTISIMO SEÑOR
DON EMILIO DIEZ DE REVENGA
TORRES**

Excmos. e Ilmos. Sras. y Sres. Señoras y Señores

El Excmo. Sr. Presidente me designó para que en nombre de esta Real Academia recibiera y contestara al nuevo Académico de Número Don Juan Roca Guillamón.

Muy honrado, trato de cumplir tal encargo que agradezco por diversas razones. Una, por la confianza depositada en mí para este solemne acto. Otra, por mi gran afecto personal y profesional al nuevo Académico. Y otra, muy especial, porque me permite corresponder en la medida de mis posibilidades a mi propia recepción en esta Academia hace diecisiete años, que corrió a cargo del inolvidable Académico Don Juan Roca Juan, cuya medalla recibe hoy su hijo Juan Roca Guillamón.

Estas palabras de bienvenida han de expresar antes de nada, que el protagonismo de este acto corresponde sólo al nuevo Académico y a su trabajo, por lo que obligadamente han de ser breves y según el tradicional protocolo, centrarse en condensar las cualidades de la persona y personalidad del protagonista, su obra y su discurso que acabamos de oír.

No es difícil hacer una semblanza de Juan Roca Guillamón por sus notorios y sobresalientes méritos asociados a un talante personal envidiable: sobrio, discreto, prudente, culto por supuesto y dialogante y contertulio de librepensadores, como se ha escrito y publicado de él. Por ello es hombre de infinitos amigos y ningún enemigo conocido, pese a las importantes responsabilidades asumidas a lo largo de su curriculum personal.

Nacido en Murcia el 8 de septiembre de 1948 en el seno de una familia de honda raigambre murciana, es Licenciado en Derecho, Doctor en Derecho y Catedrático de Derecho Civil tras recorrer sucesivamente

todas las fases de la función docente. Primero, Profesor Ayudante de Derecho Civil, después Profesor Adjunto Numerario de Derecho Civil por oposición, luego, igualmente por oposición, Profesor Agregado de la Universidad de Granada y Catedrático de la entonces recién creada Universidad de Alicante; y por fin Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Murcia.

Tal actividad docente fue compatibilizada con la obligada labor investigadora, de la que es ejemplo su tesis doctoral dirigida por el Excmo. Sr. D. Manuel Batlle Vázquez en el venerable “sancta sanctorum” del Seminario de Derecho Privado. Versó sobre “El contrato de factoring”, materia inédita en el Derecho español y por su calidad obtuvo la máxima calificación de sobresaliente “cum laude”, fue publicada y acogida favorablemente por la doctrina.

Sin menoscabo alguno de sus tareas docentes e investigadoras, su prestigio le llevó a desempeñar importantes cargos en la Universidad de Murcia, siempre por elección y en evolución ascendente como en la docencia. Primero, Vicedecano de la Facultad de Derecho; enseguida, Decano durante cinco años y luego Rector de la Universidad, bajo cuyo mandato, entre otras obras, se reconstruyó el viejo edificio universitario de La Merced y se reorganizó toda la infraestructura funcional e informática de la Universidad.

También su mérito y prestigio le llevaron a desempeñar importantes actividades fuera de la Universidad. Así, fue designado por el Consejo General del Poder Judicial Vocal de Tribunales para acceso a la carrera judicial en dos convocatorias y tras representar al Reino de España durante dos años en el Instituto Universitario Europeo de Florencia, el Consejo de Ministros le nombró Secretario General del Consejo de Universidades.

Además, y por las mismas razones, estuvo y está presente en institución financiera tan importante en el orden socio-económico de la Región como es la Caja de Ahorros de Murcia, en la que fue Consejero, luego

Vicepresidente y ahora Presidente, así como de la Fundación Cajamurcia.

Nunca ha descuidado su actividad científica y ha intervenido en foros internacionales bajo el patrocinio del Consejo de Europa, ha sido Profesor invitado en diversas Universidades extranjeras y españolas, ha dirigido varias tesis doctorales, ha participado en más de cincuenta Tribunales juzgadores de tesis, es miembro de Consejos editoriales de obras jurídicas y es autor de multitud de ponencias, conferencias, prólogos, comentarios de ediciones de textos legales y dictámenes profesionales de su especialidad.

Su obra escrita, es tan densa y extensa como su curriculum. Su relación aquí alargaría innecesariamente esta contestación, pero consta en nota al pie*. Como resumen, hay que reseñar treinta publicaciones, más el discurso que nos acaba de ofrecer, y una veintena más de ponencias y conferencias, así como otros tantos dictámenes y estudios inéditos.

*** Trabajos de investigación:**

- El contrato de factoring y su regulación por el Derecho privado español, Madrid, 1977.
- “Notas a los artículos 45- 50 del Código civil”, Revista de Derecho Privado, 1978.
- “Consideraciones sobre la llamada multipropiedad”, Revista de Derecho Notarial, 1982.
- “Sobre el concepto de legado”, Anales Universidad de Alicante, 1984.
- “Competencias de la Generalitat valenciana en materia de Derecho Civil”, Comentarios al Estatuto de Autonomía de Valencia (dirigidos por R. Martín Mateo)
- “Fundaciones y Asociaciones. Comentario al art. 31.23 del Estatuto”, Comentarios al Estatuto de Autonomía de Valencia, Valencia, 1984.
- “Garantía contra la evicción en las adquisiciones gratuitas”. Libro homenaje al Prof. Roca Juan, 1989.
- “Codificación y crisis del Derecho civil”, Centenario del Código Civil, Madrid, 1990.
- “Incapacitación e internamiento del presunto incapaz: Comentario a los artículos 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205 y 211 del Código Civil”. Comentario del Código Civil, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- “Comentario del artículo 1258 del Código Civil” T. XVII.1. A, Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales (Dir. Albaladejo) EDESA, Madrid, 1993.
- “La hipoteca cambiaria”, en Tratado de garantías en la contratación mercantil (Coordinador: Ubaldo Nieto), CIVITAS, Madrid, 1996.
- Las cargas de la familia de hecho, Colegio Notarial de Granada, 1996.
- “Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario”, Comentarios a la Ley Arrendamientos Urbanos, Tecnos, Madrid, 1996.
- “El desistimiento del contrato”, Comentarios. a la LAU, Tecnos, 1996.
- La duración del contrato de arrendamiento urbano, Universidad de Almería, 1996.

En obligada referencia al discurso de ingreso sobre “La Protección de los Mayores en el Derecho Civil”, debo partir de una afirmación del propio autor, cuando manifiesta que no es descriptivo, sino crítico. Evidentemente es crítico, pero Juan Roca Guillamón sabe perfectamente que no cabe una crítica fundada sin la previa descripción de lo que se va a analizar. Y esa descripción está patente en el discurso, pues ha analizado pormenorizadamente hasta nueve medios de protección de los mayores, estudiados con precisa referencia a sus orígenes y naturaleza jurídica, conceptos que ha definido con nitidez y una cuidada diferenciación de figuras afines y respectivos regímenes jurídicos, con una puntual puesta al día doctrinal ensamblada con el Derecho positivo. Ya sea en el Código Civil en lo relativo a alimentos entre parientes, la revocación de donaciones por ingratitud, la indignidad para suceder y el derecho del viudo al ajuar familiar. Ya sea a tenor de las novedades introducidas en el Código Civil por la Ley de 18 de noviembre de 2003 en lo relativo al llamado contrato de alimentos, trasunto del tradicional vitalicio, a la delegación en el cónyuge supérstite de la facultad de distribuir y mejorar, a la posibili-

-
- “El nuevo régimen de la responsabilidad civil y seguro de los vehículos a motor”, en Cuadernos de Derecho y Comercio, nº 21, diciembre de 1996.
 - “Los contratos de crédito al consumo: forma y contenido. Reembolso anticipado y cobros indebidos”. En Crédito al Consumo y Transparencia bancaria. (coord.: Ubaldo Nieto) CIVITAS, Madrid, 1998.
 - “Responsabilidad civil del Estado por los delitos cometidos por sus funcionarios. Comentario al artículo 121 del Código Penal”, en Comentarios al Código Penal de 1995, dirigidos por Cobo del Rosal, EDERSA, Madrid, 1998.
 - “La defensa civil frente a la contaminación atmosférica”, Libro homenaje al Profesor J. Moreno Clavel, II, Universidad de Murcia, 1999.
 - “Reglas de Interpretación de las Condiciones Generales de los Contratos”, en Condiciones Generales de la Contratación y cláusulas abusivas, Lex Nova, Valladolid, 2000.
 - “Obras necesarias en la propiedad horizontal. Comentario al art. 10 LPH de 1999”, en Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal, Dykinson, Madrid, 2000.
 - “Nota introductoria a la Legislación Civil Autonómica de la Comunidad Autónoma de Murcia, en AAVV, Derechos Civiles de España (coordinadores: Bercovitz y Martinez Simancas) BSCH. Madrid, 2000.
 - “Derecho de bienes”, en AAVV, Derechos Civiles de España (coordinadores: Bercovitz y Martinez-Simancas, V, BSCH, Madrid, 2000
 - “De las servidumbres: artículos. 530 a 545 CC” en Comentarios al Código Civil, dirigidos por Rams y Moreno Flórez, BOSCH, 2000.
 - “La responsabilidad del Estado y de las Administraciones públicas por delitos de sus fun-

dad de designar para en su momento y caso el propio tutor y a algo tan justamente reivindicado como es el derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos en supuestos de crisis matrimonial de los padres.

Y junto a los referidos medios de protección clásicos y novedosos, según el Derecho Común, ha ofrecido el estudio de otros como son las situaciones convencionales de ayuda mutua y los pactos de acogimiento de personas mayores, conformadores de situaciones parafamiliares ya recibidos por la legislación autónoma de Cataluña, pero que no impide que al amparo del principio de autonomía de la voluntad puedan pactarse válidamente en el resto del territorio nacional.

En definitiva, el discurso de ingreso que ha ofrecido a la Academia que lo recibe es una lección magistral, como corresponde a la autoridad de quien lo ha pronunciado, que es descriptiva, crítica, actual e ilustrativa para todos.

Para terminar esta contestación quiero detenerme en las iniciales palabras de salutación de Juan Roca Guillamón, cuando ha recordado a sus Maestros y en especial al Excmo. Sr. Don Manuel Batlle Vázquez, a Don Antonio Reverte Moreno, a

cionarios”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, (coord. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2000

- “Desamparo de menores: Problemas de competencia y cuestiones procesales”, Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada, Granada- Almería, 2001.

- “Procesos matrimoniales y de menores en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Libro Homenaje al Profesor Díez- Picazo*. Madrid, 2004.

- “Venta de acciones y transmisión de la cualidad de socio”. *Estudios Puig Ferriol*. Barcelona, 2004.

- “Delegación fiduciaria de la facultad de mejorar. (Notas al artículo 831 del Código civil - Ley 41/ 2003)”. Homenaje al Profesor Albaladejo, 2004

- “Fundaciones”. *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Murcia*. (en publicación)

- “Cajas de Ahorro.” *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Murcia* (en publicación).

Ponencias y conferencias:

- La responsabilidad civil por acto médico (*Jornadas Derecho Sanitario Alicante*, 1984).

- La reforma del Derecho de Familia (*Colegio Abogados de Alicante*, 1984).

- Naturaleza jurídica de los “terrazes” del Antiplano de la Región de Murcia (Estudio a petición de la Asamblea Regional de Murcia) 1989.

- La reforma de la adopción. Ponencia Congreso de los Diputados. Madrid, 1995.

- La adopción internacional. Ponencia CGPJ – Congreso Diputados (1995)

- Nuevas perspectivas del Derecho de Familia en España (1995)

- Sistema financiero, seguridad jurídica y contratación bancaria (1996)

Don Enrique Martínez-Useros, mi Maestro con el que tuve el privilegio de colaborar veintisiete años, Don Rodrigo Fernández de Carvajal González y su propio padre Don Juan Roca Juan, su Maestro en el Derecho y en la vida. Ya no están con nosotros.

Su recuerdo para los ya mayores que fuimos sus discípulos es inolvidable por elemental respecto, reverencia y gratitud. Pero tal recuerdo no debe ser perecedero, pues el ejemplo y sabiduría de esos Maestros tienen que seguir presentes en las nuevas generaciones de juristas todavía no mayores y en las generaciones que les sucedan. Es justo y necesario y una vez más, quede constancia de ello en las publicaciones de la Academia.

Sea pues bienvenido a esta Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia Juan Roca Guillamón, gran persona y gran jurista. Reciba la más efusiva felicitación de la Corporación, que también se felicita por contarle entre sus miembros. Y reciba del Excmo. Sr. Presidente la medalla de Académico que en vida ostentara su padre, solemnizándose así una justa y legítima sucesión.

Nada más y muchas gracias.

-
- Garantías reales en la contratación bancaria (1996)
 - Modificación y subrogación en los préstamos hipotecarios (1996).
 - Revocación de donaciones por ingratitud (1997).
 - Genes y leyes (Aula de Mayores, Universidad de Murcia, 1999)
 - El acogimiento de menores (Ronda, 1999).
 - Nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (Cuenca, 2000)
 - La defensa jurídica civil de los mayores (Aula de Mayores, 2000)
 - Desamparo de menores y acogimiento preadoptivo (Almería, 2002)
 - Los menores desamparados en la ley gallega de la familia, la infancia y la adolescencia de 9 de julio de 1997, Santiago de Compostela, 2002.
 - Los derechos del cliente de crédito (2003) Desamparo y acogimiento de menores: Problemas de competencia y procedimiento.(Santiago de Compostela, 2003)
 - La protección de los consumidores en la UE (2003)
 - Pactos de acogimiento de personas mayores en la ley catalana 22/ 2000 (sigue)

