

Pactos y garantías idóneas para el aseguramiento del patrimonio del mayor/cedente que deviene en discapacitado (1)

por

CARMEN MUÑOZ GARCÍA
Doctora en Derecho Civil
Profesora de Derecho Civil (UCM)

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. ANTECEDENTES Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE:
 1. CONTRATO DE RENTA VITALICIA.
 2. LA DONACIÓN CON OBLIGACIÓN MODAL.
 3. EL CONTRATO DE ALIMENTOS.
 4. LA DONACIÓN *MORTIS CAUSA*.
 5. OTRAS PREVISIONES.

(1) Queda al margen de este estudio la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, por la que se garantiza a las personas mayores y/o con discapacidad, que no se puedan valer por sí mismas, que recibirán de las Administraciones Públicas, las atenciones y cuidados que precisen, mediante la puesta a disposición de centros y servicios, para la mejor calidad de vida de los ciudadanos que se encuentren en situación de dependencia. Dice la Exposición de Motivos de la citada ley, que el reto no es otro que atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía. Ahora bien, el incremento progresivo de la población en situación de dependencia (envejecimiento de la población, enfermedades crónicas, riesgos laborales, accidentes...) y la necesaria participación activa de todas las Administraciones Públicas, convierte a esta Ley en un reto, ¿o acaso en una mera declaración de intenciones?

III. SITUACIONES CERTERAS DE DISCAPACIDAD.

IV. PREVISIONES NEGOCIALES DEL ORDENAMIENTO:

1. CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPLÍCITA.
2. DERECHO DE HIPOTECA DEL ARTÍCULO 157 DE LA LEY HIPOTECARIA.
3. PACTO DE RESERVA DE DOMINIO.
4. RESERVA DE USUFRUCTO A FAVOR DEL CEDENTE.
5. CONSIDERACIÓN ESPECIAL A LA CONVERSIÓN DEL INICIAL CONTRATO DE ALIMENTOS EN CONTRATO DE RENTA VITALICIA.

V. OTRAS MEDIDAS DE GARANTÍA Y PROTECCIÓN:

1. ÓRGANOS DE GESTIÓN Y SUPERVISIÓN.
2. EL ARBITRAJE.
3. AMPARO PENAL POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES FAMILIARES.

I. INTRODUCCIÓN

Con clara pero cauta respuesta a las necesidades propias de las personas con discapacidad, y de las de avanzada edad, obedeciendo al mandato constitucional en cuanto, por un lado, en los artículos 39 y 49 se ordena a los poderes públicos el garantizar la protección social, económica y jurídica de la familia y de los hijos, iguales éstos ante la ley, y por otro, el artículo 50, en el que se ordena a los poderes públicos garantizar la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad, y a promover, con independencia de las obligaciones familiares, su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas de salud, vivienda, ocio y cultura; el Derecho Civil de Galicia primero, Ley 4/1995, de 24 de mayo, artículos 96 a 99, que recoge una práctica consuetudinaria, y las Cortes Generales después, en la Ley 41/2003, de 18 de diciembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*, tipifica el contrato de alimentos y lo incluye en el Libro IV del Código Civil, Título XVI, Capítulo II, artículos 1.791 a 1.797. La Exposición de Motivos de la citada Ley, en cumplimiento al mandato constitucional y más allá de lo que el texto ordena, refiere aconsejable que *la asistencia económica al discapacitado no se haga sólo con cargo al Estado o a la familia, sino con cargo al propio patrimonio de la persona discapacitada*, de modo que le permita garantizar su futuro con medios económicos suficientes para atender necesidades vitales y procuren su bienestar.

Ahora bien, la ley mediante la adopción de distintas medidas favorece la protección, pero es obvio que la falta de efectividad de las mismas desvirtúa la previsión originaria de esta figura y de otras. Es por ello que el estudio al que este trabajo está dirigido, nos lleva a analizar las distintas relaciones jurídicas que derivan de los actos de disposición que realizan las personas

mayores en el uso de sus facultades, y que están encaminadas a atender a sus necesidades vitales de futuro (no sólo económicas), o de un presente inmediato, y tendentes a procurarles un bienestar que a buen seguro merecen. A su vez, hemos de considerar que los referidos actos son otorgados en plenas facultades del mayor, otras veces sin embargo, estos actos se otorgan con las facultades minoradas, determinando con ello situaciones de desamparo que quiebran el principio constitucional de garantizar la suficiencia económica a los ciudadanos de la tercera edad, y con ello su bienestar.

De esta forma, con la cautela que requiere el tema, pero con la determinación que precisa, es necesario que nos centremos en las garantías que ha contemplado nuestro ordenamiento, a veces sólo esbozado, y otras, en la mayoría, que habría resuelto a través de la recuperación o adaptación de instituciones que dispensando la máxima tutela de los menores, ahora también podrían conferir protección a los mayores, y que a nuestro entender, deberían contemplarse en el Código. Nos referimos, esencialmente, al Consejo de Familia o, por qué no, a la autorización judicial para actos de disposición que afectan directamente al patrimonio del mayor y que obtendrían la máxima tutela. Pero, ¿cuáles son, en esencia, estas probables garantías y medidas de resolución de conflicto, que aún cuando constituyen un mayor intervencionismo de los poderes públicos, otorgarían una mayor protección de la parte más débil que no es ajena a nuestro ordenamiento?:

1. Por una parte, mediante la adopción de *medidas de garantía*, como son las previsiones negociales, y a falta de éstas, la renuncia expresa de dichas medidas con ocasión de los actos que realice el mayor, como parte más débil y más necesitada de protección. Nos referimos no sólo a las medidas previstas con ocasión del contrato de alimentos (art. 1.797 CC, tras la reforma por Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad) y que se incluyen mediante pacto: la condición resolutoria explícita y el derecho de hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas regulado en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria. También mediante otros mecanismos de protección como son la reserva de usufructo o el pacto de reserva de dominio. Y por qué no, a través de otras garantías de índole personal, como es la prohibición de disponer del bien cedido hasta el fallecimiento del causante, o a través de la donación modal (2).
2. Por otra parte, mediante actuaciones posteriores, a través de órganos de gestión y supervisión, como es la recuperación del Consejo de Familia, o cuando menos mediante la autorización judicial para

(2) En la práctica, la donación modal es menos recurrible por la presión fiscal a la que suele estar sometida.

aquellos actos de disposición que menoscaben el patrimonio del mayor.

3. Finalmente, a través de medidas efectivas de exigencia de cumplimiento o resolución del contrato, mediante el propio recurso al arbitraje o a través de la articulación de un procedimiento ágil y eficaz, a modo de los procesos rápidos que se siguen cuando se dan supuestos de violencia doméstica, o ¿es que desamparar a un mayor, no prestarle asistencia o incumplir lo que tiempo atrás no se pactó, no precisa de toda la protección que el ordenamiento pueda dispensar en el tiempo y forma más breve posible? Así las cosas, la que sin duda constituiría una de las mayores garantías, es la creación de los Juzgados de Mayores, que con jueces con especial sensibilidad se ocuparan de evitar situaciones abusivas y de resolver cuantos conflictos se planteen en relación con el patrimonio de la persona mayor que, a buen seguro, y constituyendo este sector de la población, un tercio de la misma, vería mayor amparo del que en la actualidad le confiere el ordenamiento (3).

También es necesario precisar, y de ello nos ocuparemos a lo largo de la exposición, lo oportuno de dotar a la regulación de esta materia de una cierta imperatividad, para que los mayores dependientes o no gocen de las máximas garantías en todos aquellos actos y contratos que celebren y que supongan disposición de sus bienes. Por ejemplo: ¿por qué no establecer la facultad resolutoria explícita como elemento natural del contrato de alimentos?

La cuestión es, como si no, dar cumplimiento al objeto prioritario que con ocasión de la regulación de la protección de las personas con discapacidad (Ley 41/2003, de 18 de diciembre) se centra en la protección de su patrimonio.

Ahora bien, las soluciones que ha dispensado el ordenamiento no son baladí, pero están carentes de las garantías que precisa un sector de la población —las personas mayores—, que precisan de alimentos y otras atenciones que trasciende del ámbito estrictamente material o real.

En el planteamiento inicial se advierten ya las grandes carencias del sistema, a pesar de haber sido uno de los principales objetivos del legislador, por

(3) GÓMEZ LAPLAZA, «Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos», en *Revista de Derecho Privado*, marzo/abril de 2004, pág. 173, apunta, tras un claro análisis de este contrato ya típico, que aún cuando la norma ha resuelto varias cuestiones, quedan muchos problemas por resolver. Así, son cuestiones pendientes, entre otras: cuando el referido contrato se celebra con sujeto obligado legalmente a la prestación de alimentos, el contenido del contrato, garantías, posibilidad de desistimiento unilateral, y un largo etc... Problemas, además, que son el reflejo de una realidad que además apremia, y que indudablemente, sólo pueden ser resueltos a través de mecanismos judiciales, o cuando menos, del arbitraje, con la particularidad además de la inmediatez que se precisa en la resolución de cualquier conflicto.

ser una materia que trasciende del ámbito estrictamente privado y deviene en una cuestión de interés general, la protección de las personas mayores y de su patrimonio, en cuanto éste responde, hasta donde alcance, de necesidades vitales. Veamos en qué medida se materializan los mecanismos legales de protección, y que en esencia son:

1. La Constitución de 1978, artículo 50, atribuye a los poderes públicos la obligación de garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos de la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio. Es obvio que con la atribución del deber atribuido a los poderes públicos, el texto constitucional no olvida la que constituye la obligación legal de los familiares de la persona mayor a dar alimentos y que aparece configurada en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, bajo la rúbrica «De los alimentos entre parientes», dentro del Libro I, Título IV.
2. La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de «Derecho Civil de Galicia» (arts. 95 a 99) recoge una institución de larga tradición consuetudinaria en su territorio histórico, el contrato de vitalicio. Con ello, se pretende responder a las necesidades vitales (alimentos, cuidados y afectos) de un sector de la población (las personas de edad avanzada) en clara progresión, que precisa de una plena y efectiva cobertura legal, con un sistema de garantías que se pretende completo, pero que a buen seguro resulta insuficiente.
3. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de «Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», introduce el denominado «contrato de alimentos» en los artículos 1.791 a 1.797 del Código Civil, dentro del Libro IV, Título XII, Capítulo II, estableciendo en el primero de los referidos, que: *«Por el contrato de alimentos 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»*.
4. La Ley 51/2003, de «Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad», tras admitir en el párrafo I de la Exposición de Motivos que en España, hay alrededor de 3,5 millones de personas con alguna discapacidad, y que en este grupo hay una heterogeneidad de sujetos, reconoce que todas tienen en común que, en mayor o menor medida, precisan de garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos, y aunque cierta-

mente, conforme al artículo 1 de la citada Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad a los efectos de la misma, aquéllas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 (4), nadie cuestiona que en dicho supuesto se encuentran muchos de los sujetos de los que ahora nos ocupamos, y que siendo probablemente capaces para realizar actos de disposición al tiempo en que los otorgó, devienen a una situación «de persona con alguna discapacidad», que no puede quedar sin amparo legal y que precisa, entiendo, de medidas de garantía del cumplimiento por el cesionario y medidas de defensa para la protección de sus derechos más esenciales. Esta Ley determina que es preciso crear estrategias de intervención que actúen sobre las condiciones personales y sobre las ambientales, mediante lo que el legislador denomina: «lucha contra la discriminación» y «accesibilidad universal», este último en conexión con *medidas para personas que tienen especiales dificultades para satisfacer unas necesidades que son normales*, en definitiva, sujetos en situación de dependencia, como los mayores a los que se ha referido la Ley citada en el párrafo anterior. Para garantizar la protección articula como medidas de defensa, no sólo la tutela administrativa y judicial, también potencia el acceso al arbitraje, en cuanto de forma rápida y eficaz, sin formalidades especiales, y dotado de carácter vinculante y ejecutivo, facilita la resolución inmediata de los conflictos que, sin ninguna duda, precisan de medidas inmediatas.

La citada Ley determina como medida de defensa, y con la misma finalidad ya referida, para asegurar un nivel de protección más efectivo, la legitimación a las personas jurídicas que estén legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos para que puedan intervenir en procesos en nombre del demandante y con su consentimiento. Aún así, cabe plantearse, ¿qué protección dispensa la norma si no prevé más actuaciones que las que pueda realizar el propio discapacitado?, que ocurre cuando su capacidad no alcanza a discernir para proceder a la exigencia del cumplimiento a la resolución de lo pactado, ¿en qué mayor desprotección puede dejarse a las personas mayores que no ven satisfechas sus necesidades económicas y afectivas? Téngase en cuenta además, que en las relaciones de convivencia o cuando menos de cuidados y asistencia a las personas mayores,

(4) El artículo 1.2 determina que «se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad». *In fine*, determina que la acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos reglamentariamente establecidos y tendrá validez en todo el territorio nacional.

es muy cuestionable el papel que deben jugar las medidas de ejecución forzosa cuando voluntariamente no se han cumplido por el obligado, y que la mayor parte de estas relaciones contractuales derivan de vínculos personales y afectivos, en su mayoría parentales, que indudablemente dificultan el inicio de las acciones para reclamar el cumplimiento; sin olvidar por ello que la persona mayor haya podido derivar en una *falta de capacidad suficiente para discernir, y en consecuencia, o exigir el cumplimiento más inmediato, o bien, la resolución que le dé amparo en el tiempo más breve posible. En temas de mayores, es evidente que el tiempo se constituye en un elemento esencial, y que las necesidades vitales no pueden esperar.*

II. ANTECEDENTES Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE

A nadie escapa que la mayoría de las personas mayores se encuentran con los años, con un patrimonio consolidado que es suficiente para cubrir sus necesidades más elementales. También es cierto que el mayor mantiene en la actualidad una mayor esperanza de vida con una capacidad de autogobierno que se manifiesta en el tráfico negocial. Sin embargo, no es menos cierto que con los años la persona mayor está más necesitada de afectos, y que en tales circunstancias es más vulnerable ante actuaciones cuando menos abusivas por otros sujetos de su círculo más próximo (parientes, amistades o conocidos). En ese estado de cosas, la realidad es que la legislación vigente no protege o lo hace de forma poco efectiva y determinante para responder a la gran mayoría de supuestos que derivan de situaciones muy heterogéneas, por ejemplo, un primer supuesto podría referirse a persona mayor que cede su vivienda habitual a favor de un heredero, pariente allegado o institución y que además, mantiene plenas sus facultades; otro supuesto: el de la persona que tras realizar una cesión análoga a la anterior, ve disminuida su capacidad para discernir y en consecuencia exigir el cumplimiento de la prestación al deudor-cesionario; o el supuesto claramente protegido por el ordenamiento, en el que el mayor es declarado incapaz, y en consecuencia está amparado a través de las instituciones tutelares. Este último supuesto quedará al margen de este estudio por no precisar de las garantías de las que ahora nos ocupamos.

Pero veamos cuáles han sido las soluciones aportadas por el derecho y cuáles son los principios que en él se contienen. Para ello, qué mejor recurso que acudir en primera instancia al que constituye el más reciente supuesto regulado: el contrato de alimentos que tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de «Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», se configura como aquel contrato 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» (art. 1.791 CC). Dicho contrato no es desconocido: frecuentemente celebrado en la práctica y amparado por los Tribunales, ha sido objeto de estudio por los distintos autores bajo la denominación de contrato de vitalicio (5) o de cesión de bienes a cambio de alimentos, y cuyo origen se encuentra en figuras afines que se conocen desde el Derecho Romano tardío (6), y Edad Media. Sin embargo, otras similitudes se encuentran en otros países, como refieren, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo, de 1 de julio de 1982, o la de 9 de julio de 2002. Esta última refiere que del mencionado contrato se dan muestras en: «*el arrendamiento “à nourriture” (de manutención), que tiene lugar en zonas rústicas de Francia entre padres ancianos y sus hijos, sometido al Derecho Común y no a las normas relativas a la renta vitalicia; el derecho de “alten-teil” (“parte de viejo”) en el Derecho alemán, concerniente al conjunto de prestaciones debidas al viejo labrador que se retira y cede su hacienda agrícola a otro, quien se obliga a concederle habitación, manutención y dinero para los gastos corrientes, el cual, según la doctrina científica germana, no cabe calificarlo como renta vitalicia; la “zádruga” en Yugoslavia, por la que una comunidad acoge con todos sus derechos de miembro a los ancianos sin hijos o que no puedan administrar sus bienes, cuyo patrimonio será explotado por la familia hospitalaria, y que será cedido a ésta durante la vida de aquél o a título de legado después de su muerte; el contrato “d’entretien viager”, por el que una persona se obliga a transferir determinados bienes a otra y ésta a proporcionarle manutención y asistencia durante su vida, que, en el Código Civil de Obligaciones de Suiza, se distingue también de la renta vitalicia*».

En nuestro Derecho consuetudinario encontramos otras similitudes que han sido acogidas en el Derecho positivo, así: la *dación personal*, institución consuetudinaria del Derecho aragonés, que recogida en el artículo 33 de la

(5) Ampliamente estudiado entre otros, por MESA MARRERO, *El contrato de alimentos: régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*, Ed. Thomson-Aranzadi, 2009; MARTÍNEZ ORTEGA, *El contrato de alimentos: Formularios y recopilación de jurisprudencia*, Dykinson, 2007; NIETO ALONSO, *Donación onerosa y vitalicio. Perspectiva del incumplimiento de las cargas*, Ed. Trivium, Madrid 1988; CHILLÓN PEÑALVER, *El contrato de vitalicio: caracteres y contenido*. Ed. Edersa, Madrid, 2000; ZURITA MARTÍN, *Contratos vitalicios*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001; NÚÑEZ ZORRILLA, *El contrato de alimentos vitalicio*, Madrid, 2003. También son muy a tener en cuenta los siguientes artículos: GÓMEZ LAPLAZA, «Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos», en *Revista de Derecho Privado*, marzo/abril de 2004, págs. 153 a 173; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, «Notas preliminares para el estudio del nuevo contrato de alimentos», en *La Notaria*, Col.legi de Notaris de Catalunya, núm. 4, abril de 2004, págs. 87 a 98.

(6) Así lo pone de manifiesto CHILLÓN PEÑALVER, «El contrato de vitalicio», *op. cit.*, pág. 16 y pág. 158 y sigs.

Compilación del Derecho Civil de Aragón (Ley 15/1967, de 8 de abril, modificada por Ley 31/1985, de 21 de mayo, y por Ley 4/1995, de 29 de marzo), ahora nuevamente contemplada en la *Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico-matrimonial y viudedad*, que desarrolla y pone al día la regulación de las relaciones patrimoniales en la familia, concretamente en su artículo 19. Institución familiar por la que un célibe, matrimonio sin hijos o viudo sin hijos o descendientes, se asocia con todos sus bienes a una casa o familia, y se obliga a trabajar en la medida de sus aptitudes en beneficio de la misma, instituyendo a la misma, heredero universal al fin de sus días a cambio de ser mantenido y asistido, sano y enfermo, con lo necesario, comprendiendo vestido y calzado, y alcanzando la obligación de que, a su fallecimiento, se costeen el entierro, funeral, misas y sufragios de costumbre en la parroquia; también constituye un claro exponente la subsistente *pensión alimenticia* en Cataluña —ajena a los censales, violarios y vitalicios regulados en su Derecho escrito (7)—, contrato por el que una persona se obliga a prestar alimentos en su domicilio en compensación de la cesión de bienes (muebles o inmuebles), que le hace el alimentado, durante la vida de éste, con la particularidad —contemplada también en el art. 1.792 del Código Civil tras modificación por Ley 41/2003, de 18 de noviembre— de que si surgen desavenencias entre las partes y deviene en la separación, los alimentos se sustituyen por una pensión vitalicia; especialmente contemplada en los artículos 95 a 99 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, que recogiendo una institución consuetudinaria de larga tradición, disponen el primero de ellos: que por el *contrato de vitalicio* una o varias personas se obligan, respecto de otra u otras, a prestar alimentos con la extensión, amplitud y términos que convengan a cambio de la cesión o entrega de bienes por el alimentista, y que, en todo caso, la prestación alimenticia comprenderá el sustento, la habitación, la vestimenta y la asistencia médica del alimentista, así como las ayudas y cuidados, incluso los afectivos, ajustados a las circunstancias de las partes, con la determinación, en su artículo 99, de admitir que el alimentista podrá resolver el contrato en supuestos tasados, como si de una rescisión se tratara, porque este término, el de rescisión, es el que utiliza.

Es innegable que perfilada la necesidad de protección del patrimonio de las personas mayores, la legislación, con demasiada cautela, y con mayor falta de determinación, ha apuntado la necesidad de otorgarlas protección,

(7) Instituciones reguladas inicialmente en los artículos 330 a 335 de la Compilación catalana, después en los preceptos de la *Ley 6/2000, de 19 de junio, de pensiones periódicas*. Quedan al margen los pactos de acogida regulados por la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores, en virtud de los cuales, los acogedores habrán de cuidar de los acogidos, darles alimentos, prestarles asistencia, darles bienestar general, atenderles en la enfermedad, a cambio de una contraprestación en dinero, bienes muebles o inmuebles.

pero bien es cierto que en la actualidad, esta declaración de intenciones es del todo insuficiente, veamos el contenido de las normas que lo regulan, considerando también otras figuras en las que existiendo cesión de bienes por el mayor, la razón principal del cesionario es asegurarse su subsistencia a través de una asignación periódica o mediante alimentos, éstos últimos con la extensión contemplada en el artículo 142 del Código Civil:

1. CONTRATO DE RENTA VITALICIA

Según el artículo 1.802 del Código Civil, *el contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión*. Admite el artículo 1.803 que la renta pueda constituirse a favor de un tercero al determinar que ésta puede recaer *sobre la vida del que da el capital, sobre la de un tercero o sobre la de varias personas. También puede constituirse a favor de aquella o aquellas personas sobre cuya vida se otorga, o a favor de otra u otras personas distintas*. Entendida esta última expresión como obligación de ingreso periódico a favor de quien cede o de otra u otras personas (8). RAMS ALBESA significa del mismo que es un contrato de cambio de prestación de capital por prestación de renta, por tanto, oneroso y sinalagmático. Determinando además, que la onerosidad del contrato parece eliminar toda idea de posible perjuicio de la legítima pese a agotar el capital del contratante (9). La renta en este contrato es un elemento constitutivo de la relación obligacional, si bien, *la falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza al preceptor de la renta vitalicia a exigir el reembolso del capital ni a volver a entrar en la posesión del predio enajenado; sólo tendrá derecho a reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras* (art. 1.805 CC). Constituye ésta, como oportunamente indica RAMS ALBESA, una clara excepción a la regla contenida en el artículo 1.124,

(8) Se ocupan de la materia, entre otros: BÁDENAS CARPIO, *La renta vitalicia onerosa*, Pamplona, 1995; BELTRÁN DE HEREDIA, *La renta vitalicia*, Madrid, 1963; DEL MORAL Y DE LUNA, «La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta», en *RDP*, 1952, pág. 797 y sigs.; GUILARTE ZAPATERO, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, T. XXII-1.º (arts. 1.802-1.808), Madrid, 1982, pág. 381 y sigs.; NIETO ALONSO, *Donación onerosa y vitalicio. Perspectiva del incumplimiento de las cargas*, Madrid, 1998; QUIÑONERO CERVANTES, *La situación jurídica de renta vitalicia*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia, Murcia, 1979; también en *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, T. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993; RODRÍGUEZ LÓPEZ, «La naturaleza *ob rem* de la obligación de renta vitalicia», en *RCDI*, 1980, pág. 1335 y sigs.

(9) RAMS ALBESA, en LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 2.º, Madrid, 2002, pág. 316.

y aunque la opinión más extendida fundamenta dicha excepción en la necesidad de evitar un enriquecimiento sin causa si se restituye al pensionista el capital entregado y se queda con las rentas percibidas, el autor referido argumenta: *mas, ¿por qué podría retener el acreedor las pensiones en caso de resolución? Al contrario, cada parte ha de restituir lo recibido de la otra: tanto capital como pensiones. De donde no es el posible desequilibrio patrimonial la causa de que se suspenda aquí la aplicación del artículo 1.124, sino razones de oportunidad y de conveniencia, más apremiantes en una obligación que se cumple en diversos vencimientos, que pueden ser frecuentes y de escaso volumen, por lo que el impago de uno solo no debe acarrear la resolución* (10).

Reducidas las garantías con la negación expresa de la acción resolutoria, es manifiesto que el ordenamiento no prohíbe que *a priori* se pacte en el contrato de renta vitalicia una *condición resolutoria explícita* que protege al cedente frente al impago del deudor, constituyéndose a su favor como un derecho real de garantía indirecta (11); o que se constituya *hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas* (art. 157-1.º LH), haciéndose constar en la inscripción cuándo debe satisfacerse *la última pensión o prestación, o, en otro caso, el evento o condición que determine su extinción* (art. 248-3.º del RH). La cancelación se hará a solicitud del titular del inmueble, siempre que haya transcurrido el plazo de seis meses de haberse extinguido la obligación de pago de la pensión (art. 157-4.º LH). Cabe también la posibilidad de que se constituya una *prohibición de disponer o enajenar que no tendrá acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento* (art. 27 LH). Téngase en cuenta, en todo caso, lo que al respecto refiere el artículo 57 RH.

2. LA DONACIÓN CON OBLIGACIÓN MODAL

También la *donación modal* se configura como una de las formas de ceder bienes a cambio de alimentos, cuidados y asistencia: el artículo 619 de nuestro Código determina que *es también donación aquella en que se*

(10) RAMS ALBESA, *op. cit. ant.*, pág. 319.

(11) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T.II, *Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*, Madrid, 2001, pág. 409 y sigs., con gran acierto, precisa que la titularidad preventiva del transmitente funciona como un derecho real de garantía porque comporta de algún modo, una situación de poder sobre la cosa transmitida, con la cual se asegura la efectividad del crédito, cualquiera que sea el poseedor de la cosa. Además, es indirecta porque en caso del impago del crédito y de hacerse efectiva la garantía, la efectividad no comporta la satisfacción inmediata de la prestación debida, sino la desaparición del crédito por resolución del contrato y la restitución del bien cedido al transmitente.

impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado. Donación de la que se ocupan entre otros, DE LOS MOZOS y DOMÍNGUEZ RODRIGO (12), y que reflejan la preocupación de la doctrina por la que ha venido siendo una práctica constante, la de ceder bienes con la carga de cuidar y atender al donante u otra persona determinada. La carga establecida en la donación constituye una obligación que reduce su contenido y determina un régimen jurídico aplicable peculiar. Así, el artículo 622 en términos de RAMS (13), debe ser entendido con una redacción matizada que a buen seguro responde a la voluntad del autor, y que no determina el claro sentido de la donación con carga, en cuanto *las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos*, —a lo que hay que adicionar el final de la frase del precepto—, *y... por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del gravamen impuesto.* Apareciendo así, como un contrato mixto, sometido hasta la concurrencia del gravamen a las reglas de los contratos, y en cuanto al exceso a las de la donación (14).

Llegados a este punto y dada la amplitud de posibilidades de la carga, especialmente por lo que a su duración en el tiempo se refiere, un primer problema que se plantea es que la carga no es en principio evaluable. Díez-PICAZO (15) así lo manifiesta cuando haciéndose eco de algunas sentencias del Tribunal Supremo (18 de diciembre de 1953 y 30 de diciembre de 1961), refiere que el modo se utiliza esencialmente para conseguir servicios o atenciones del favorecido que son de un valor inestimable económicamente. Ciertamente, el artículo 633 impone para la donación de cosa inmueble, la obligación de que en la escritura pública además de expresarse los bienes donados, ha de constar *el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario*. Por lo que, aún cuando al constituirse la donación, sea precisa la estimación económica «por los servicios» que consisten en dar cuidados y atenciones al donatario, es indudable que esta obligación que es, en su inicio, preceptivamente

(12) DE LOS MOZOS, «El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial», en *Revista de Derecho Privado*, 1978, pág. 223 y sigs.; DOMÍNGUEZ RODRIGO, «La revocación de la donación modal», en *Anuario Derecho Civil*, 1983, pág. 65 y sigs. También sobre el tema, entre otros autores: AMORÓS GONZÁLEZ, *La donación remuneratoria y la carga en nuestro Derecho*, Curso de conferencias, 1945, Ilustre Colegio Notarial de Valencia, pág. 185 y sigs.; CRISTÓBAL MONTES, *La donación con reserva de disponer*, Caracas, 1971; PRADA GONZÁLEZ, «La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos», en *AAMN*, T. XVI, 1968, pág. 257 y sigs.; RODRÍGUEZ ADRADOS, «La donación con cláusula de reserva de la facultad de disponer», en *AAMN*, T. XVI, 1968, pág. 419 y sigs.; TORRALBA SORIANO, *El modo en el Derecho Civil*, Madrid, 1967.

(13) RAMS ALBESA en LACRUZ y SANCHO, «Elementos...», II, vol. 2.º, *op. cit.*, pág. 108 y sigs.

(14) Esta misma idea es la que se repite con ocasión del saneamiento de la cosa objeto de la donación en el artículo 638 *in fine* del Código, en cuanto determina que *el donante responderá de la evicción hasta la concurrencia del gravamen*.

(15) Díez-PICAZO y GULLÓN, en *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 10.ª ed., Madrid, 2001, pág. 529.

evaluable, puede superar el valor de lo donado por el alea que en sí constituye el tiempo de vida del donante.

Una segunda cuestión es que el valor de la carga supere el valor de lo donado en contra del propio *animus donandi*, en el que prima la idea de liberalidad como así determina el artículo 619, que reconoce también como donación *aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado*. En caso contrario, desaparecería el propósito inicial de enriquecer al donatario, con el consiguiente empobrecimiento del donante, desvirtuando con ello la donación y dejándola sin contenido.

Quedan por resolver cuestiones como el supuesto de la donación con carga que encubre una donación simple, en la que conociendo que no se va a dar la asistencia y cuidados por existir otras previsiones o por estar ante una enfermedad a término, esta donación deviene en ordinaria y le serían de aplicación las reglas referentes a las legítimas, colación y demás de Derecho Sucesorio. Pero también las normas fiscales que afectarán al total valor de lo donado de verificarse la donación en su integridad o por lo que reste tras el pago de las legítimas.

Finalmente referirnos a la posibilidad admitida por el ordenamiento jurídico en cuanto a la reserva de la facultad de disponer por el donante. A ésta alude el artículo 639 del Código cuando determina que *podrá reservarse el donante la facultad de disponer de algunos de los bienes donados* (16), reserva que se extingue y repercute directamente en el patrimonio del donatario al tiempo del fallecimiento del donante. Esta facultad, entiendo, es plenamente aplicable al supuesto que nos ocupa, garantizando con ello el cumplimiento de la carga contenida en la donación. En la donación, igualmente admite el contenido del artículo 640 del Código Civil, que puedan *separarse válidamente la propiedad y el usufructo*, constituyéndose a favor de sujetos distintos, con la única limitación —que no es el caso— contenida en el artículo 781 del Código. No siendo este el lugar y el momento para profundizar en estas cuestiones, entiendo suficiente con referir lo que al respecto concreta con ocasión de la obligación modal SANCHE (17), que además de citar los medios de protección que el ordenamiento jurídico tiene previstos para garantía de las pretensiones del acreedor (arts. 1.096, 1.098 y 1.099), prenda, hipoteca, fianza, y cuantas sean precisas, reconoce que la obligación modal puede hacerse constar en el Registro de la Propiedad, para que de darse incumplimiento, pueda darse la revocación de la donación y afectar a los terceros titulares de derechos inscritos (art. 37,2, 2.º LH). En todo caso, pueden ser inscritas las obligaciones modales que constituyan una prohibición de disposición (art. 26, 2.ª LH).

(16) Ver en cuanto a la reserva de determinados bienes, la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de julio de 1978.

(17) SANCHE REBULLIDA, *Elementos...*, II, vol. 1.º, nueva edición revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ, Madrid, 1999, pág. 481.

Soluciones todas ellas, que igualmente propugnamos para el resto de los supuestos en los que exista cesión de bienes a favor de quien se obliga a una prestación de tracto sucesivo.

3. EL CONTRATO DE ALIMENTOS

A tenor del artículo 1.791 del Código Civil, en virtud del contrato de alimentos, *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.*

También se ha referido, y así lo hacen constar distintos autores, que los artículos 95 a 99 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, configuran el *contrato de vitalicio* como la adecuada respuesta a las necesidades y atenciones que precisa el cedente. Concretamente, el artículo 99 (18), determina que la Ley gallega establece como supuestos específicos de rescisión los que constituyen sin duda, posibilidades de resolución: en el apartado *a*) como consecuencia de la conducta gravemente injuriosa o vejatoria del obligado a prestar alimentos (en la misma línea de lo dictado en el art. 152.4 CC, como causa de extinción de la obligación de prestar alimentos entre parientes); *b*) supuesto de incumplimiento total o parcial de la obligación de prestar alimentos, siempre que no sea imputable al acreedor; *c*) cuando el cesionario no cuidase o no atendiese en lo necesario al cedente, según la posición social o económica de las partes y en todo cuanto haga posible el capital cedido en el mantenimiento de su calidad de vida; *d*) por el incumplimiento de lo demás pactado; deja sin garantías al cedente que haya disminuido su capacidad para valorar el incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

La Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de «Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», que introduce el *contrato de alimentos*, dentro del Título XII del Libro IV del Código Civil dedicado a los contratos aleatorios, establece *una regulación sucinta pero suficiente de los alimentos convencionales... La regulación de este contrato, frecuentemente celebrado en la práctica y examinado en ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, amplía las posibilidades que actualmente ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las personas con discapacidad y, en general, de las personas con dependencia, como los ancianos, y permite a las partes que celebren el contrato cuantificar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista.* Los alimentos legales entre

(18) En la línea apuntada por CHILLÓN PEÑALVER, *op. cit.*, págs. 153 a 155.

parientes (deuda alimenticia entendida en toda la extensión del art. 142 CC) aparecen regulados en el Título VI del Libro I del Código, pero es el artículo 153 el que determina que las disposiciones que le preceden (arts. 142 a 152 CC) *son aplicables a los demás casos en que por este Código, por testamento o por pacto se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador o lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate*. Las reglas aplicables al incumplimiento de la obligación de alimentos pueden agruparse, fundamentalmente, en torno a dos conceptos: exigir el cumplimiento o la resolución del contrato con repercusión en ambos casos, de la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

4. LA DONACIÓN *MORTIS CAUSA*

Es, probablemente, la mejor garantía de la que puede gozar el mayor, por lo que no procede reparo alguno, a pesar del desuso en el que se encuentra esta institución, en recuperar esta figura, en aras de proteger el patrimonio y los intereses de quien cediendo, precisa de las máximas cautelas y garantías. Pero, ¿cuáles son las razones que nos llevan a apuntar esta alternativa? Para ello, ¿qué mejor que analizar la previsión negocial contemplada en el propio Código Civil?

La definición de la donación en el artículo 618 como *acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta*, la configura en términos generales, como acto de liberalidad contractual tendente a generar empobrecimiento patrimonial del donante y enriquecimiento del donatario. Ahora bien, este acto no queda desvirtuado cuando el propio Código Civil admite, a casi renglón seguido, las donaciones de futuro (19) (véase art. 1.271 CC). Así, el artículo 620 determina que, *las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria*, lo que dota a estas donaciones de una individualidad propia: mientras que por un lado, la primera parte de la norma se refiere a la liberalidad misma, al acto de disposición por el donante, que ha determinado el nacimiento de la donación misma, y que entra en la esfera de los actos *inter vivos*, debiendo ser aceptada por el donatario (art. 633 CC); el segundo punto significativo del texto, y que las distingue del resto de las donaciones, hace referencia a la adquisición definitiva del derecho, en cuanto el donatario no entrará en la propiedad de los

(19) Estas donaciones no deben confundirse con la promesa de donación o el precontrato de donación. Ver al respecto el análisis que con ocasión de la promesa de donación hace de estas figuras ALBALADEJO, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. VIII, vol. 2.º, artículos 618 a 656, Edersa, 1986.

bienes donados hasta el fallecimiento del donante, estando sometida a las disposiciones testamentarias. Ahora bien, ninguna duda ofrece que, al regirse por las normas de la sucesión testamentaria la donación es esencialmente revocable (art. 737 CC), por la sola voluntad del donante. Llegados a este punto, es claro que, la *donación realizada inter vivos*, produce plenos efectos, o más exactamente, *efectos definitivos con el fallecimiento del donante*, y ahora sí, se regirá por las disposiciones testamentarias, aunque no tenga su origen en testamento, adquiriendo el donatario el bien donado, con independencia de las incidencias y eventualidades de la herencia (salvo a lo que a inoficiosidad se refiere).

La regulación de estas donaciones tan discutidas a la vez que excluidas doctrinal y jurisprudencialmente, que no en la práctica, amplía y mejora las garantías de quien cede bienes a cambio de unos mínimos o máximos cuidados, afectos y/o alimentos. Su utilidad resulta patente, y su entendimiento se ve favorecido por la regulación que de la misma se hizo en dos compilaciones: la Compilación de Cataluña lo regula inicialmente en los artículos 245 a 247, si bien, el régimen de sucesiones ya no forma parte de la Compilación, estando en la actualidad regulado por el Código de Sucesiones de 1991 (conteniéndose en los arts. 392 a 396, en el Título VI, bajo la rúbrica de *Donaciones por causa de muerte*) y cuya vigencia se determinó hasta el 1 de enero de 2009 (fecha de entrada en vigor de la *Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, concretamente*, que en los artículos 432-1 a 432-5, y bajo la misma rúbrica traza iguales contenidos al código de 1991). También se ocupa la Compilación Navarra (Libro II, Título III, Ley 165 a 171). En ésta, y bajo la rúbrica *De las donaciones mortis causa*, se determina la presunción de que *la donación se hace en consideración a la muerte del donante cuando la adquisición de los bienes donados queda diferida al fallecimiento de aquél* (Ley 165), *que para su eficacia es necesaria la aceptación del donatario* (Ley 168), y que el donante podrá en cualquier momento revocar libremente la donación, salvo pacto en contrario o renuncia de la facultad de revocar (Ley 169). Ahora bien, de la plena eficacia de la donación, producida la muerte del donante, da cumplidas muestras el texto cuando refiere que *los bienes donados mortis causa no forman parte de la herencia, y el donatario podrá tomar posesión de ellos sin intervención de los herederos o albaceas del donante* (Ley 170). En parecidos términos, tanto el anterior artículo 395.1 (Código de 1991), como el artículo 432-4 del vigente Código de Sucesiones de Cataluña (en vigor desde enero de 2009), que dicen literalmente: *Al fallecer el donante, el donatario hará suyos los bienes donados, independientemente de que el heredero acepte la herencia y de la validez o subsistencia del testamento del donante o de sus disposiciones. El donatario podrá posesionarse de dichos bienes sin necesidad de entrega por el heredero o por el albacea.*

Es claro que la regulación en Cataluña y Navarra, junto con los beneficios fiscales para el donatario, favorecen la recuperación de esta figura y la necesidad de dotarla de una mayor autonomía que parece quiso restarle la propia redacción del Código, y por ende, la doctrina y jurisprudencia. Ciertamente, que existió una falta de interés del legislador de 1889, pero ésta no es obstáculo para que, ante la nueva realidad social, derivada del incremento progresivo de la población en situación de dependencia (envejecimiento de la población, enfermedades crónicas, riesgos laborales, accidentes...), que precisa de cuidados y atenciones —difíciles de satisfacer por las Administraciones Públicas—, se plantee la necesidad de recuperar estas donaciones que dotan de mayor protección al cedente (donante), y que se basan, en esencia, en la posibilidad de revocación (arts. 647, 648 y 659).

El problema radica, a su vez, en que siendo esencialmente revocable, el donatario puede no llegar a adquirir el dominio del bien donado, con lo que, cabría plantearse por el donatario no consolidado, exigir a los herederos del donante, el valor de los bienes y servicios prestados. Es más, ¿podría haberse previsto en el documento notarial? ¿En qué medida podemos proteger los intereses frustrados de quien aceptó como donatario? Ciertamente, *hemos pasado a una amplia protección del cedente en detrimento del donatario no consolidado*. Eso sí, en aras de evitar un enriquecimiento injusto del donante (que revoca unilateralmente, con causa o sin ella), o de sus herederos, y que deviene en perjuicio de quien ya no obtiene la transmisión del dominio, éste podrá exigir a los beneficiados en virtud de las prestaciones realizadas. No olvidemos que el donatario aceptó la donación, y en virtud de la misma se obligó.

Ahora bien, es preciso, por pragmático, referirnos a lo que podría estimarse un beneficio fiscal, o suspensión de la obligación de tributación por el donatario, dado que, la donación misma ha estado sujeta a condición suspensiva, y que la transmisión de la propiedad de la cosa dada se supedita al hecho de que la donación sea definitivamente firme, ésta no produce efectos hasta el fallecimiento del donante, y en consecuencia, el donatario no tributará hasta que haga suyos los bienes. Diremos más, como por regla general, para un mismo bien o derecho objeto de transmisión, las transmisiones *mortis causa* acostumbran a ser más ventajosas fiscalmente que las transmisiones *inter vivos*, las primeras gozarían de más reducciones sobre la base imponible de este impuesto.

Una cuestión más, ¿cuál será el valor de los bienes donados, el que tuviesen al tiempo de la donación (aceptada por el donatario), o bien, el de la fecha en que deviene en firme la misma? Nada dice el Código Civil (art. 620), tampoco el Código de Sucesiones de Cataluña, ni la regulación de Navarra, salvo que la adquisición queda diferida al fallecimiento del causante, por lo que habrá de tenerse en cuenta el valor de los bienes al momento en que la donación deviene en firme, y se produce la transmisión de lo donado. Con-

sidérese, que tanto la normativa de Cataluña como la de Navarra determinan que el donatario, al fallecimiento del donante, hace suyos los bienes donados, con independencia de las incidencias y eventualidades de la herencia.

5. OTRAS PREVISIONES

El artículo 46 de la Ley andaluza 6/1999, hace la siguiente declaración de intenciones: *Cuando las Administraciones Públicas tengan noticia de que el patrimonio de una persona mayor está siendo objeto de expoliación, bien por sus propios familiares o por terceros, se procederá a comunicarle de forma expresa las acciones judiciales que pueda iniciar, proporcionándole asistencia jurídica si fuera necesario, sin perjuicio de traslado de tales hechos al Ministerio Fiscal*. En parecidos términos, el artículo 13.6 de la Ley castellano-leonesa 5/2003, de 3 de abril (20).

Es indudable que la protección de los mayores y por ende de su patrimonio preocupa, y que son muchas las razones para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de cesión de bienes, entre otras que el cumplimiento de la obligación por parte de quien cede se produce de forma inmediata, en único acto de disposición, mientras que la obligación por parte del obligado a pagar renta o dar alimentos se sucede en el tiempo. Puede decirse que, tanto en el contrato de renta vitalicia como en el contrato de alimentos, la obligación principal del cedente de bienes o derechos consiste principalmente en la transmisión del dominio, pero como precisa REBOLLEDO (21), no siendo siempre traslativo del dominio en cuanto puede serlo de cualquier otro derecho real e incluso de un derecho no real, determina lo oportuno del término «cesión». Es claro, que *es el cedente el que cumple entregando, y el que siendo acreedor de una prestación de cumplimiento continuado debe gozar de todas las garantías explícitas para su constancia en el Registro de la Propiedad y su oponibilidad frente a terceros*. Ahora bien, dejamos al margen los *supuestos de cesión de bienes a favor de un tercero* (22), que contemplan básicamente la posibilidad de que los padres (ce-

(20) Estas leyes autonómicas de protección del patrimonio del anciano aparecen citadas por ZURITA MARTÍN, en *Protección civil de la ancianidad*, Madrid, 2004, pág. 221.

(21) REBOLLEDO VARELA, «El contrato de vitalicio (especial consideración de su regulación en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia)», en AC, 1996, pág. 862.

(22) Sobre los contratos a favor de tercero, podemos citar entre otros: BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 221 y sigs.; CASALS COLLECCARRERA, «Contrato a favor de tercero», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, T. V, Barcelona, 1953, pág. 365 y sigs.; DE BUEN, «La estipulación en provecho de tercero», en *RGLJ*, núm. 142, 1923, pág. 193 y sigs.; LEÑA FERNÁNDEZ, *El Notario y la protección del discapacitado*, Madrid, 1997, pág. 124 y sigs.; MARTÍN BERNAL, *La estipulación a favor de tercero*, Madrid, 1985; QUINONERO CERVANTES, *La situación*, pág. 132; PACHIONNI, *Los contratos a favor de terceros*, traducido por Fran-

dente) de una persona con discapacidad (beneficiario), cedan bienes a un tercero que se obliga a prestar alimentos y asistencia (cesionario), en cuyo caso aún cuando deba dotarse de iguales garantías, presenta, en síntesis, la particularidad, con todo lo que deriva de la misma, de que hay un tercero beneficiario que no es parte en el contrato otorgado a su favor, pero que al amparo del artículo 1257.2 del Código (23), tiene derecho a exigir (puede no estar facultado) el cumplimiento de la obligación. Admitía RIVERO (24), que aún cuando nada se regulase respecto de la facultad de exigir el cumplimiento por parte del cedente, el estipulante estaba facultado a exigir al promitente que cumpla frente a él, en provecho del tercero, en cuanto parte del contrato. Dice además, que entre estipulante y beneficiario se establece una relación denominada *de valuta*, y un vínculo de comunidad en el crédito, puesto que ambos pueden reclamar el cumplimiento al promitente.

En todo caso, siempre que medie la transmisión de inmuebles, la relación jurídico-real que determina obligaciones que revierten en la esfera personal del cedente y en sus necesidades más elementales, debe estar amparada por unos principios latentes en cuanto se ha referido, y siempre en interés de la parte más débil en el contrato, interpretando las dudas del mismo, y dada su onerosidad *a favor de la mayor reciprocidad de intereses* (art. 1.289 CC).

III. SITUACIONES CERTERAS DE DISCAPACIDAD

La problemática que se puede plantear ante el incumplimiento derivado del contrato es distinta en función de que el titular del derecho de alimentos esté facultado (incapacitado o no) para la exigencia del cumplimiento de la obligación. A este respecto, nos interesan los supuestos en los que la persona mayor tenga limitada, o cuando menos minorada su capacidad para discernir y ejercitar acciones.

cisco Javier OSSET, Madrid, 1948, pág. 365. Ver también Díez-PICAZO Y GULLÓN, en *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I/2, Madrid, 1998, pág. 75 y sigs., en cuanto refiere que el titular del poder de revocación, pese a la indeterminación del artículo 1.257, p. 2.º, es normalmente el estipulante, aunque nada impide, precisamente por aquella indeterminación, que se pacte la revocación conjunta por el obligado y el estipulante.

(23) La Exposición de Motivos, en su apartado VIII, admite que la utilidad del contrato de alimentos es especialmente relevante en el supuesto mencionado, «a través de una estipulación a favor de tercero del artículo 1.257 del Código Civil».

(24) RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1, Madrid, 1999, pág. 529 y sigs., al tratar de *Los contratos a favor de tercero* y del sistema de relaciones que se forman, analiza las siguientes: a) entre estipulante y promitente, llamada relación de cobertura; b) entre beneficiario y promitente; y c) entre estipulante y beneficiario (llamada *de valuta*), que puede obedecer a *solvendi causa*, o *causa credendi*, o *causa donando*. Para un análisis más detallado nos remitimos a cuanto dicho autor refiere.

No es baladí afirmar que es probable que quien con plenas facultades consintió, carezca de iguales al tiempo en que exista incumplimiento de la obligación de prestar alimentos y que el obligado a prestarlas puede aprovecharse del estado del alimentista para dejar de cumplir o cumplir indebidamente, por lo que los estatus reales de discapacidad (incapacitado, discapacitado), imponen la necesidad de establecer limitaciones en interés del mayor.

IV. PREVISIONES NEGOCIALES DEL ORDENAMIENTO

A nadie extraña la protección que a lo largo de todo el ordenamiento se otorga a la parte más débil en una relación jurídica, por ejemplo, en lo que respecta a condiciones generales en la contratación, o en la protección del arrendatario, especialmente cuando lo es de vivienda habitual, etc. Tampoco sorprende que el ordenamiento a este y otros supuestos, les dote de la máxima tutela a través de normas de derecho necesario. Llegados a este punto, cabe plantearse si el legislador no debería haber incluido normas que resolvieran las situaciones de desamparo en las que puede derivar la falta de garantías para con los mayores, no sólo al tiempo de la realización de actos de disposición, también *a posteriori*, como es a través de órganos de control o vía procedimientos ágiles, rápidos y eficaces. ¿O es que los intereses de los mayores no necesitan de mayor protección que los de los consumidores o el de los acreedores antes, durante, y después del concurso? Debe tenerse en cuenta que los perjuicios patrimoniales que individualmente afecten a cada mayor, y que recordemos, lo constituye un tercio de la población, revierten también en el conjunto de la colectividad; por lo que el empobrecimiento del mismo, sin causa, sin la efectividad de la contraprestación pactada, que a buen seguro es de necesidad, debe ser amparado en todo caso y en todo tiempo. Por ello, es oportuno acudir a todas las previsiones negociales posibles en la configuración de la cesión, cuando menos, a modo de «cláusulas de estilo», *que reproduciendo fórmulas admitidas por el ordenamiento impidan desplazamientos patrimoniales definitivos, sin causa existente en cuanto real y continuamente efectiva*.

Llegados a este punto, es incuestionable que existiendo acción para exigir el cumplimiento, o la resolución misma, el ordenamiento no debe escatimar esfuerzos en reforzar las garantías que protejan el interés del acreedor, que es fundamental se vea satisfecho. Por ello, lo más viable es tener como determinantes cuestiones ya consideradas a lo largo de resoluciones jurisprudenciales y que se basan en una idea principal: no siendo esencial la transmisión del dominio pleno, la protección de los derechos del alimentista están a buen seguro, mejor protegidos (25).

(25) Véase al respecto CHILLÓN, en «El contrato...», *op. cit.*, pág. 93 y sigs.

Puesto que es la ley la que determina que ante el incumplimiento de la obligación de alimentos, esencialmente, el legitimado para ejercitar acciones es el alimentista, lo lógico es atender a aquellos supuestos en los que el que consintió, carece de igual capacidad de obrar para exigir la prestación al deudor de alimentos.

Ciertamente es oportuno que en el contrato de alimentos se legitime a un tercero para reclamarlos, lo que determina que a través de poderes preventivos para cualquier reclamación de futuro, y que tiene su asiento no en un precepto legal, sino en el contrato inicial que contiene un acuerdo perfectamente lícito. La presencia de un apoderamiento, como claro exponente del principio de autonomía de la voluntad, en aplicación de la doctrina emanada de los artículos 1.254 y siguientes del Código Civil, determina que el ejercicio de acciones por un tercero encuentren en el ámbito procesal el amparo preciso, legitimación tanto en su aspecto causal (*legitimatio ad causam*), como en su aspecto procesal (*legitimatio ad procesum*). Por ser este tema objeto de estudio en capítulo aparte, nos centraremos en otras previsiones negociales, que en todo caso, deben amparar al cedente que cumplió con su prestación de tracto único frente al cesionario obligado a una prestación de tracto duradero (ya sea permanente en el caso de alimentos, o periódica en el caso de rentas. Por lo qué, ¿cuáles son esas garantías que es posible pactar al amparo del ordenamiento jurídico, *cuando los bienes o derechos que se transmitan a cambio de alimentos sean registrables* (en términos del art. 1.797 CC)?:

1. CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPLÍCITA

Los artículos 10 y 11 LH admiten que el trasmitente se reserve sobre el bien objeto del contrato una titularidad preventiva a través de la condición resolutoria explícita con efectos reales. Esta garantía es posible en cuantos contratos «haya mediado precio o entrega de metálico» y resulte aplazamiento en el cumplimiento, surtiendo este aplazamiento efectos frente a terceros, si se garantiza aquél con hipoteca o cuando «se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita». En efecto, siguiendo a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (26), los argumentos a favor de la incorporación de la condición resolutoria explícita como clara garantía del cumplimiento de la prestación debida, podrían resumirse en los siguientes: 1.º) producida la transmisión, *el derecho real transmitido se encuentra en una situación de pendencia* en garantía de la obligación principal; 2.º) *la titularidad preventiva de quien cede actúa como un derecho real de garantía indirecta del crédito*:

(26) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en «Derechos Reales. Derecho Hipotecario», T. II, «Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad», *op. cit.*, pág. 409 y sigs.

garantía en cuanto situación de poder sobre la cosa en tanto no se cumpla con la total prestación, e indirecta porque en caso de resolución por incumplimiento, y haciéndose efectiva la garantía, ésta no comporta la satisfacción del crédito garantizado, sino la desaparición del mismo por resolución, y su sustitución por la reintegración de la cosa al transmitente; 3.º) *el adquirente adquire* con la tradición sólo *un dominio resoluble*. En él se dan, además de una titularidad preventiva que previsiblemente será definitiva, una titularidad interina; y 4.º) el cedente, que se desprende de la posesión de la cosa que transmite, sólo tiene como medio de dar publicidad a la garantía a través de la *constancia en documento público e inscripción en el Registro de la Propiedad* (27), con lo que la resolución del contrato de cesión sólo afectará a terceros cuando haya sido inscrito el pacto expreso por el que se da al incumplimiento de la obligación el carácter de condición resolutoria. Esta modalidad, la de pactar expresamente la resolución del contrato, apunta RAMS (28), equivale a una cláusula penal, y los tribunales podrán moderar, en todo caso, el alcance de la misma.

Y aunque es posible la previsión en los negocios de cesión de bienes que celebre el mayor en atención a cubrir sus necesidades, no es menos cierto que, cuando realiza actos de disposición de todo o parte de su patrimonio, lo hace en base a la relación de confianza que media con la otra parte y con la certeza del cumplimiento de la prestación por el obligado. Esa misma relación le lleva a no prever incumplimientos y a no estipular más garantías que las que derivan de la ley (fundamentalmente arts. 1.911 como garantía natural de las obligaciones, y 1.124 como garantía natural de las recíprocas). Por lo que es oportuno insistir en la incorporación en el contrato de cesión, de otros medios de garantía con efectos reales sobre el bien cedido.

El problema se plantea si llegado el incumplimiento, el mayor no incapacitado no está en condiciones de ejercer el derecho a resolver, manteniéndose con ello una situación de desatención que se prolonga en el tiempo, sin que órganos de gestión o supervisión hagan valer el derecho.

(27) Nuestro sistema actual, tras la reforma del texto de la LH de 1944, sigue la línea marcada por el artículo 1.043 del Proyecto de Código Civil de 1851, que refería con precisión, en cuanto a la resolución en los contratos bilaterales ante el incumplimiento de la obligación por una de las partes, lo siguiente: *cuando se funde en la falta de pago por parte del adquirente de la propiedad de bienes inmuebles u otro derecho real sobre los mismos, no surtirá efecto contra tercero de buena fe, si no ha sido estipulado expresamente e inscrita en el Registro*. El artículo 1124-4.º del Código determina que la facultad de resolver se entiende: *sin perjuicio de los derechos adquiridos, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria*. Pues bien, considerando los artículos 10 y 11 LH, ésta determina el carácter constitutivo de la inscripción de la condición resolutoria.

(28) RAMS ALBESA en LACRUZ y SANCHO, «Elementos...», II, vol. 2.º, *op. cit.*, pág. 335, con ocasión del contrato de renta vitalicia, tras un análisis detallado de la negación de la acción resolutoria que establece el artículo 1.805 del Código.

2. HIPOTECA EN GARANTÍA DE RENTA Y PRESTACIONES PERIÓDICAS

El artículo 1.797 del Código Civil, referente al contrato de alimentos, prevé que: *cuando los bienes o derechos 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, además de mediante el derecho de hipoteca regulado en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria*. La razón de admitir estas garantías es clara: el legislador quiere proteger al cedente que se encuentra en una posición de debilidad frente al deudor que sólo asume una obligación de índole personal de tracto duradero. Este medio de garantía aplicable a los supuestos a los que ahora nos referimos, es sólo el reflejo de una medida ya admitida por la doctrina y jurisprudencia, y contemplada en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria y por el 248 del Reglamento, y se constituye en garantía de una obligación principal (29), en este caso: *a) de un contrato de alimentos, b) de una donación modal, o c) de una renta vitalicia cuando el acreedor en virtud del artículo 1.805 del Código reclama el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras*, lo que determina, junto con lo contenido en el artículo 1.861 del Código Civil (el contrato de hipoteca puede asegurar *toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria*), que es posible la constitución de hipoteca *en garantía de obligaciones futuras*, como así admiten los artículos 142 y 143 LH, determinando el primero de ellos que *la hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas surtirá efecto, contra tercero, desde su inscripción*. Además, refiere en el segundo de sus párrafos que: *si la obligación asegurada estuviere sujeta a condición resolutoria inscrita, surtirá la hipoteca su efecto, en cuanto a tercero, hasta que se haga constar en el Registro el cumplimiento de la condición*. Para la admisibilidad de esta hipoteca en garantía de una deuda, PEÑA (30), desde una posición

(29) De la hipoteca constituida en garantía de una obligación que tiene por objeto rentas o prestaciones periódicas, se ocupan entre otros: ÁVILA NAVARRO, *La hipoteca; estudio registral de sus cláusulas*, Madrid, 1990, pág. 78; CABELLO DE LA SOTA, «La hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas: sus problemas», en AAMN, T. V, Madrid, 1950, pág. 63 y sigs.; CASTILLO MARTÍNEZ, *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Pamplona, 1999; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. II, *Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*, Madrid, 2001; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, T. IV, vol. 2.º, Barcelona, 1979.

(30) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en «Derechos Reales. Derecho Hipotecario», T. II, *op. cit.*, en pág. 299 y sigs., cita entre otros ejemplos de relaciones jurídicas básicas que se quieren garantizar, las relaciones familiares, en cuanto a la obligación futura de indemnizar que pueda originarse por infracción de los deberes que comporta determinada relación económico-familiar. De igual consideración entiendo, las obligaciones derivadas de relaciones parentales o de relaciones de confianza, que no excluyen las obligaciones a favor de un tercero.

estricta, argumenta que es posible constituir esta hipoteca cuando existe ya una relación jurídica básica vinculante para el deudor, como es, por ejemplo, la de prestar cuidados y atenciones ante una enfermedad degenerativa que puede o no manifestarse, o la de cubrir unas necesidades cuando el mayor no pueda valerse por sí mismo. Realidades todavía no existentes, pero ya determinables.

Igualmente, *la hipoteca que garantiza cualquier clase de obligación puede serlo de una obligación no dineraria*, y en consecuencia, ser de mayor complejidad, a saber, la de prestar alimentos para cubrir las necesidades asistenciales de la persona mayor.

Finalmente, y en virtud de otros medios de garantía apuntados hasta el momento, el artículo 107,10.º LH determina que podrán también hipotecarse *los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas, quedando extinguida la hipoteca al resolverse el derecho del hipotecante*.

Admitido que la hipoteca puede garantizar *toda clase de obligaciones* (art. 1.861 CC y 105 LH), aún las futuras, en garantía de una obligación de dar, hacer y no hacer, y sabido el carácter de accesoriedad de la misma en cuanto aseguramiento de la obligación principal, el pago de rentas u otras prestaciones periódicas análogas (art. 157 LH y 248 RH), el problema deriva de la probable falta de capacidad del acreedor, o la falta de tiempo para iniciar un largo proceso para hacer efectivas mediante la ejecución hipotecaria, las obligaciones no cumplidas. Ello determina, una vez más, la probable inadecuación, cuando menos insuficiente, de la medida de garantía.

3. PACTO DE RESERVA DE DOMINIO

El planteamiento es absolutamente inverso al de la condición resolutoria explícita, en cuanto se introduce una cláusula en el contrato de cesión cuya transmisión del dominio queda sujeta al cumplimiento de una condición suspensiva (31). Sin embargo, la previsión legal del pacto de reserva de dominio para los bienes inmuebles y su inscripción en el Registro es inexistente, a dife-

(31) De la reserva de dominio se ocupan, entre otros: AMORÓS GUARDIOLA, «El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles», en *RCDI*, 1972, enero-febrero, pág. 9 y sigs.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La cláusula de reserva del dominio*. Madrid, 1971; CASAS VALLÉS, «La reserva de dominio en la venta de inmuebles», en *RJC*, 1986, pág. 615 y sigs.; GÓMEZ GÁLIGO, *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*. Madrid, 1992; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Las ventas a plazos de bienes muebles*. Madrid, 1988; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. II, *Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*, Madrid, 2001; RIVERA FERNÁNDEZ, *La posición del comprador en la venta a plazo con pacto de reserva de dominio*, Valencia, 1994. De condición suspensiva a la que quedan sujetas estas transmisiones, se ocupan múltiples sentencias. Por citar algunas: STS de 19 de octubre de 1982, de 11 de julio de 1983, y de 12 de julio de 1996.

rencia de lo que ocurre para los otros bienes menores (32), los muebles, para los que el artículo 13 del Reglamento de la Ley del Registro de Hipoteca Mobiliaria, y el artículo 15.1 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, sí prevé expresamente la inscripción del pacto. Ante esta ausencia de regulación, es preciso acudir a la jurisprudencia, pero también, por su trascendencia, a autores que como PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, se ocupan de manera pormenorizada del tema. El pacto de reserva opera al igual que la anterior como garantía para asegurar el cumplimiento de una obligación de tracto sucesivo, ya sea periódico o permanente. Se constituye, al igual que en el supuesto de la condición resolutoria explícita, una situación que describe la STS de 19 de mayo de 1989, y que recoge el citado autor: *una doble situación jurídica* sobre la cosa que comporta determinadas facultades y limitaciones. En rigor, la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de febrero de 1995, aunque está referida a un contrato de compraventa con precio aplazado, determina que *el dominio, aunque sea resoluble, se transmitió al adquirente... con restricciones dispositivas en tanto no pagara el total*, encontrándose, dice otra sentencia de 3 de julio de 1966, en situación de simple poseedor no de bienes ajenos, sino de *poseedor a título legítimo de dueño*.

Para PEÑA, aunque pueda fundamentarse que el pacto de reserva de dominio, que sujeta la adquisición a condición suspensiva, es admisible al amparo del principio de libertad de contratación (art. 1.255 CC) y de los *numerus apertus* de los derechos reales (es una garantía real atípica), estima más cierto que le son de aplicación las normas imperativas —dice— que rigen la condición resolutoria explícita en garantía del cumplimiento de la obligación. Por lo que en la línea aludida podemos considerar: 1.º) Que el pacto, al igual que en el supuesto anterior, se constituye con la *finalidad de garantizar el cumplimiento de la prestación*, puesto que el derecho real transmitido se encuentra en situación de pendencia; 2.º) Que *el adquirente recibe el dominio resoluble* que le resta la plena disponibilidad del bien; 3.º) Que *el pacto de reserva tiene eficacia resolutoria en el supuesto de incumplimiento* de la prestación de tracto sucesivo; 4.º) y para que la resolución pueda afectar a terceros, se configura como precisa la publicidad mediante la *inscripción del pacto* en el Registro (carácter constitutivo pues de la inscripción), siendo de aplicación cuanto se ha referido respecto de la condición resolutoria explícita, artículos 1124.4.º CC y 11 LH.

(32) Calificación que no puedo evitar, dejándome llevar, como ya lo hizo el codificador, por los antecedentes del Derecho romano que relativizó el valor de los muebles frente al valor de los bienes inmuebles. Es obvio, que en la actualidad, hay muebles de indudable valor que superan, con creces, el de muchos inmuebles, pero que se configura como excepción.

4. RESERVA DE USUFRUCTO A FAVOR DEL CEDENTE

En muchas ocasiones conviene referirse a supuestos concretos para exponer con mejor acierto un tema. Piénsese en el supuesto de un matrimonio mayor que cede su vivienda con reserva de usufructo vitalicio del bien cedido. La garantía para el cedente se deriva no sólo porque mantiene la posesión del bien mientras viva, con el consiguiente disfrute del mismo, sino que además, si se produce un hipotético incumplimiento por parte del obligado a la prestación duradera, ya sea renta o alimentos (con el alcance que sea), el cedente, con independencia del procedimiento que se inicie o no para resolver o para exigir el cumplimiento a instancia de cualquiera de las partes en la relación obligacional, se mantiene en la posesión de la cosa cedida.

El cedente, de esta forma, no sólo tiene un derecho de crédito frente al obligado a la prestación, también tiene el derecho a seguir poseyendo con efectos *erga omnes*.

5. CONSIDERACIÓN ESPECIAL A LA CONVERSIÓN DEL INICIAL CONTRATO DE ALIMENTOS EN CONTRATO DE RENTA VITALICIA

En el contrato de alimentos, y para caso de incumplimiento por el obligado a la prestación, el acreedor podrá optar por la resolución o por el cumplimiento de la prestación debida, conforme al artículo 1.795 del Código Civil. Pues bien, además de estas dos opciones previstas, el cedente, al igual que el obligado a dar alimentos, y en virtud de otra previsión legal contenida en el artículo 1.792, determina que cualquiera de las partes *podrá pedir que la prestación de alimentos convenida se pague mediante pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para estos eventos hubiera sido prevista en el contrato o, de no haber sido prevista, mediante la que se fije judicialmente* (33). A este extremo alude NÚÑEZ ZORRILLA (34) cuando refiere que el deudor de la renta se obliga siempre a una prestación de dar que generalmente implica la entrega de sumas de dinero, mientras que la prestación del alimentante en el vitalicio es más variada y compleja, con componentes tan subjetivos como los asistenciales y afectivos, siendo en este último caso, la existencia del estado de necesidad en la persona del acreedor de los alimentos en toda su extensión, condición esencial. El contrato de vitalicio, dice, se dirige a propor-

(33) LEÑA FERNÁNDEZ, en *El Notario y la protección del discapacitado*, Madrid, 1997, pág. 127, ya proponía como medida preventiva, que las partes dejaran pactado en el contrato, para el caso de incumplimiento garantizado con hipoteca, la conversión del entonces contrato atípico de vitalicio en el de renta vitalicia.

(34) NÚÑEZ ZORRILLA, en «Comentario a los artículos 1.791 a 1.797 del Código Civil sobre el contrato de alimentos vitalicio», en *RGLJ*, III Época, año 2005, núm. 3, julio-septiembre, págs. 424-425.

cionar medios de subsistencia al alimentista, y ésta debe ser siempre su única finalidad y por lo tanto su causa, sin excepción alguna. Por tal motivo, el contenido de las prestaciones es en ambos contratos esencialmente distinto.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de julio de 1982, contemplaba el contrato de vitalicio (precedente del vigente contrato de alimentos), como un género que tiene dos especies: 1) renta vitalicia, y 2) contrato de alimentos, por lo que, ¿no responderá el artículo 1.797 del Código Civil a dicha conceptualización jurisprudencial?

El contenido inicial del citado precepto admite la posibilidad, razonable por otro lado, de que la sustitución de una prestación por otra pueda darse no sólo de producirse la muerte del obligado a prestar alimentos, sino también *por concurrir cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia de las partes*. En este cajón de sastre, que puede darse a iniciativa de cualquiera de las partes, se quiebra el principio de identidad de la prestación debida del artículo 1.166 del Código, en cuanto de manera excepcional —o no tanto desde el momento que puede alegarse incompatibilidad de caracteres, como si de una relación matrimonial se tratase—, el deudor puede optar por el cumplimiento de otra prestación, como si de una obligación alternativa se tratase. Con ello, a mi juicio, el legislador ha restado rigurosidad a la que constituye la obligación principal, la de prestar alimentos, que sólo debería venir justificada por dos razones: la imposibilidad material por parte del deudor de cumplir la prestación, o por la excesiva onerosidad de la misma si es de tal relevancia que de encuadrarse en el supuesto de resolución por alteración de circunstancias determinaría la resolución que el deudor cumplidor hasta entonces quiere evitar vía sustitución de la prestación por una pensión.

Ciertamente, la obligación derivada de la cesión de bienes a cambio de alimentos es una obligación alternativa, determinada por el legislador y admitida con anterioridad en contratos que al amparo del artículo 1.255 del Código Civil así lo reflejaban. Pues bien, admitida esta facultad, es incuestionable aludir al carácter de la prestación de tracto duradero, que con el denominador común de estar basada en una relación de confianza, y por tanto por ser tan personalísimo el cumplimiento de la misma, no cabe plantearse, *a priori*, «el pago hecho por un tercero», ni siquiera por los herederos del obligado a la prestación. Refiere ZURITA MARTÍN (35) que precisamente por considerar el carácter de *intuitu personae* de la obligación, la atención personalizada por quien se obligó sólo puede ser realizada por ésta, sin que sea posible la sustitución por los herederos del sujeto pasivo, a tenor de lo que dispone el artículo 1.257 del Código, salvo que medie acuerdo de las partes sobre la transmisión de la obligación. Sin embargo, *si por dar cumplimiento se produce la sustitución del objeto de la obligación por una renta por parte del obligado*, ¿no estaríamos

(35) ZURITA MARTÍN, «Contratos vitalicios», *op. cit.*, págs. 284 y 285.

admitiendo ya la posibilidad del cumplimiento por un tercero que, indudablemente, tiene un claro interés en el cumplimiento de la obligación? (36). Cabe pensar que la *sustitución de una obligación personalísima por una obligación genérica determina un cambio de régimen tal, que la aplicación del artículo 1.158 se haría en toda su extensión*, en cuanto cualquiera puede hacer el pago; siendo así que las personas legitimadas para cumplir validamente, con la generalidad y generosidad que se produce en estos supuestos, entiendo, debería haberse evitado.

V. OTRAS MEDIDAS DE GARANTÍA

Es claro que todas las medidas que se adopten al tiempo de la constitución de la relación jurídica, tendentes a proteger el patrimonio del mayor, y dirigidas a garantizar alimentos, cuidados y atenciones, son beneficiosas para el cedente. Sin embargo, no es menos cierto que de no dotar al sistema de inmediatez a través de órganos de gestión y control, y de procedimientos ágiles y eficaces, el fin del pacto puede verse frustrado por haber fallecido el anciano desatendido, antes de recuperar el bien cedido. Efectivamente, cuando el tiempo avanza en perjuicio del mayor, a pesar de los principios de protección de su persona y patrimonio, a pesar de las múltiples garantías adoptadas en el contrato y, porqué no decirlo, tras la inscripción de las cláusulas, tras una no menos incesante lucha en los Registros para la anotación de las garantías (que son denegadas en ocasiones por una rigurosidad que ampara paradójicamente al que adquiere), el mayor requiere de una protección eficaz que trasciende todas sus previsiones.

(36) Piénsese en el supuesto del anciano que ha optado por celebrar un contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos, precisamente porque ha querido ser amparado en toda su extensión, excluyendo con ello la posibilidad no deseable de cesión de bienes a cambio de renta. ¿Es oportuno, en ese caso, que la ley supla una voluntad no querida por el otorgante-cedente? ¿No es un derecho de este disponente elegir la contraprestación?, ¿por qué el legislador suple una voluntad obstativa? A mayor abundamiento, imaginemos el supuesto en que el obligado a prestar alimentos, a sabiendas, una vez le ha sido transmitido el derecho, opta por aplicación del artículo 1.792 a la sustitución por una pensión. Esta renta, es indudable que será o no abonada por el obligado, puesto que en virtud del artículo 1.158, cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, puede hacer el pago. Llegados a este punto, es evidente que el heredero del obligado inicialmente a dar alimentos, devenido en obligado a pagar una renta, tiene un claro interés en que se dé el cumplimiento de la prestación que «consolide» en todo caso la cesión de bienes.

1. ÓRGANOS DE GESTIÓN Y SUPERVISIÓN

El artículo 1.797 prevé soluciones legislativas ya conocidas, aplicadas y admitidas con anterioridad: *Cuando los bienes o derechos que se trasmitan 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 falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, además de mediante el derecho de hipoteca regulado en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria*. Pues bien, estas posibilidades de garantizar el cumplimiento de la prestación es, en muchas ocasiones, ineficaz. Bien es cierto que el panorama legislativo ha cambiado en los últimos años, y que las necesidades sociales y las reformas legislativas, derivadas de la Constitución Española, obligan a reconsiderar la necesidad de recuperar determinadas figuras que inicialmente fueron recogidas en el Código Civil, y que en la actualidad, dada la problemática planteada, se considerarían de gran utilidad: el Consejo de Familia, pero que también se hace preciso, como ya hemos apuntado, dotar al sistema de la máxima efectividad y garantía, a través de procesos rápidos y eficaces y de la creación de Tribunales con cierta sensibilidad en la materia y que sean capaces de dar la respuesta más adecuada ante las situaciones de incumplimiento y desasistencia.

A mi entender, el resultado de este análisis no hace más que plantear una buena dosis de interrogantes que, sin lugar a dudas, no hace sino alentar el afán de nueva revisión que ayude a perfilar el verdadero sentido de la protección a los mayores, y aunque pueda parecer un tema muy recurrido es indudable que cualquier relación de Derecho Privado que afecte a los derechos más elementales de la persona, especialmente a los de un sector tan necesitado de protección, y al que individualmente se le produce un daño irreparable, denota la necesidad, no ya de responder a un deber de indemnizar para resarcir al perjudicado en sus propios intereses lesionados, sino la necesidad de dotar de la máxima protección posible de sus intereses que devienen en colectivos o sociales, puesto que *la producción del daño también se proyecta sobre el sistema socio-económico general*, en cuanto el denominado «bienestar social» deriva no sólo de la facultad de exigir el cumplimiento o de resolver, sino de la prevención misma del daño.

2. EL ARBITRAJE

La Ley 51/2003, de «Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad», en el apartado II de la Exposición de Motivos potencia como medida de defensa que revierta en las condiciones personales y patrimoniales del sujeto, el recurso al arbitraje. Efectivamente, para dar respuesta rápida y eficaz, y con el mínimo coste,

se ha regulado y aceptado de manera rápida el recurso al arbitraje. Su regulación inicial, por Ley 36/1988, de 5 de diciembre, contemplada nuevamente en la LEC 1/2000, de 7 de enero (sin precedentes en la anterior LEC 1881), consolida esta figura, que de acuerdo con los artículos 1 y 5.1.º de la Ley de Arbitraje de 1988, definió como la institución mediante la cual las personas naturales o jurídicas someten, por medio de una declaración de voluntad (convenio o testamento) a la decisión de uno o varios árbitros, las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en materia de su libre disposición, comprometiéndose a acatar la resolución del tercero que culmina mediante el laudo arbitral. El contrato o convenio arbitral está regulado actualmente en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (37), y supletoriamente por las normas del Código Civil. Ahora bien, sabido es que el origen del arbitraje está siempre en la voluntad de las partes (al igual que en la mediación), y que podrá adoptar cualquier forma, incluso la de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente (art. 9.1 LA), siendo susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición (art. 2.1 LA); si bien, en la medida en que el arbitraje deriva en el laudo arbitral, con efecto de cosa juzgada (art. 43 LA), y excluye por tanto la posibilidad de acudir a los tribunales, ha de tener necesariamente carácter facultativo, debiendo estimarse inconstitucionales las normas que impongan cualquier tipo de arbitraje obligatorio, como así se refiere en la STC 174/1995. Refiere el artículo 43 que cuando el laudo deviene en firme, *produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes*. Ahora bien, por su inmediatez y firmeza, constituye sin duda, una clara garantía para el cedente.

(37) Refiere la Exposición de Motivos que la nueva Ley de Arbitraje se dicta con conciencia de los innegables avances que su precedente, la Ley 39/1988, supuso para la regulación y modernización del régimen de esta institución en nuestro ordenamiento jurídico. Es claro, que *durante su vigencia se ha producido una notable expansión del arbitraje en nuestro país; ha aumentado en gran medida el tipo y el número de relaciones jurídicas, sobre todo contractuales, para las que las partes pactan convenios arbitrales; se ha asentado el arbitraje institucional; se han consolidado prácticas uniformes, sobre todo en arbitrajes internacionales; se ha generado un cuerpo de doctrina estimable, y se ha normalizado la utilización de los procedimientos judiciales de apoyo y control del arbitraje*. Nuestro legislador deja claro que en la nueva regulación, su principal criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, *teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional*.

3. AMPARO PENAL POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES FAMILIARES

Sin duda, la tipicidad que introduce la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, por la que se determina en el artículo 618, 2, como autor de una falta, a quien *incumpliera obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito*, y en el artículo 619 en el que se sanciona a *quienes dejaren de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados, abre nuevas vías de búsqueda de soluciones efectivas para el cumplimiento de las obligaciones contractuales ante la insuficiencia de las medidas garantes del patrimonio del mayor en el ámbito civil*.

Del examen del supuesto contemplado en los artículos 618, párrafo 2.º y 619 del Código Penal bajo la rúbrica sobre *faltas contra las personas*, se infiere que atendiendo a la interrelación de las dos ramas del Derecho, y considerando subsumible en el incumplimiento de las obligaciones planteado no sólo el de las prestaciones económicas, sino también el abandono de otras obligaciones, como es la asistencia, cuidados y atenciones, en definitiva el abandono de mayores, es claramente posible obtener una mayor eficacia en la ejecución de las obligaciones contractuales derivadas de los actos de disposición otorgados. No obstante, es preciso determinar que dicha eficacia devine en inmediata, *si el acuerdo es aprobado judicialmente*, aunque sea a través de un proceso de jurisdicción voluntaria, que dota al mismo acto de disposición realizado por el mayor, de una protección adicional y claramente eficaz. Sin embargo, es necesario precisar que *el supuesto objeto de protección por la Jurisdicción Penal, aunque tenga su origen en la Jurisdicción Civil, no sólo es posible cuando el incumplimiento lo es de obligaciones familiares*, ex lege, también, entiendo, cuando exista obligación de origen contractual, de prestar cuidados y atenciones a una persona en edad avanzada o discapacitada, con el mismo contenido que la obligación de origen legal, aún cuando los sujetos no estén obligados a darse alimentos por vínculos familiares, a tenor de lo dispuesto en el artículo 619 CP, que sanciona a *quienes dejaren de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieren a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados*.

Así las cosas, no es baladí afirmar que el legislador sigue configurando tipos penales especialmente referidos al incumplimiento de obligaciones familiares *ex lege*, pero también, entiendo, respecto de obligaciones de asistencia, cuidado y alimentos de origen contractual.

Sin embargo, resulta paradójico que amparando el legislador supuestos específicos más allá del incumplimiento de las obligaciones familiares, en cuanto alcanzan también a las obligaciones contractuales respecto de personas de edad avanzada o discapacitada en el artículo 619 del Código Penal, *no contemple dentro del Libro II del Código Penal (De los delitos y sus penas), en el Título XII (Delitos contra las relaciones familiares), una norma que condene a quien en la misma línea que la contenida en el artículo 619 CP, deje de prestar asistencia a la persona de edad avanzada o discapacitada que dependa de sus cuidados. Es más, los artículos 226 y 227 del referido texto legal, nada más que contemplan el supuesto del incumplimiento de la obligación ex lege de dar alimentos entre familiares, dejando al margen el supuesto de desobediencia de obligaciones de origen contractual que deriven de actos de disposición entre sujetos no obligados ex lege a prestarse alimentos, aún cuando se trate de una obligación aprobada judicialmente.*

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. VIII, vol. 2.º, artículos 618 a 656, EDERSA, 1986.
- AMORÓS GONZÁLEZ, *La donación remuneratoria y la con carga en nuestro Derecho*, Curso de Conferencias, 1945, Ilustre Colegio Notarial de Valencia.
- AMORÓS GUARDIOLA, «El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles», en *RCDI*, 1972, enero-febrero.
- ÁVILA NAVARRO, *La hipoteca; estudio registral de sus cláusulas*, Madrid, 1990.
- BÁDENAS CARPIO, *La renta vitalicia onerosa*, Pamplona, 1995.
- BELTRÁN DE HEREDIA, *La renta vitalicia*, Madrid, 1963.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La cláusula de reserva del dominio*, Madrid, 1971.
- CABELLO DE LA SOTA, «La hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas: sus problemas», en *AAMN*, T. V, Madrid, 1950.
- CASAS VALLÉS, «La reserva de dominio en la venta de inmuebles», en *RJC*, 1986.
- CASALS COLLDECARRERA, «Contrato a favor de tercero», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, T. V, Barcelona, 1953.
- CASTILLO MARTÍNEZ, *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Pamplona, 1999.
- CHILLÓN PEÑALVER, *El contrato de vitalicio: caracteres y contenido*, Ed. Edersa, Madrid, 2000.
- CRISTÓBAL MONTES, *La donación con reserva de disponer*, Caracas, 1971.
- DE BUEN, «La estipulación en provecho de tercero», en *RGLJ*, núm. 142, 1923.
- DE LOS MOZOS, «El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial», en *Revista de Derecho Privado*, 1978.
- DEL MORAL Y DE LUNA, «La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta», en *RDP*, 1952.
- DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 10.ª ed., Madrid, 2001.
- *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I/2, Madrid, 1998.

- DOMÍNGUEZ RODRIGO, «La revocación de la donación modal», en *Anuario de Derecho Civil*, 1983.
- GÓMEZ GÁLLIGO, *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Madrid, 1992.
- GÓMEZ LAPLAZA, «Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos», en *Revista de Derecho Privado*, marzo/abril de 2004.
- GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, T. XXII-1.º (arts. 1.802-1.808), Madrid, 1982, pág. 381 y sigs.
- LEÑA FERNÁNDEZ, *El Notario y la protección del discapacitado*, Madrid, 1997.
- MARTÍN BERNAL, *La estipulación a favor de tercero*, Madrid, 1985.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1988.
- MARTÍNEZ ORTEGA, *El contrato de alimentos: Formularios y recopilación de jurisprudencia*, Dykinson, 2007.
- MESA MARRERO, *El contrato de alimentos: régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*, Ed. Thomson-Aranzadi, 2009.
- NIETO ALONSO, *Donación onerosa y vitalicio. Perspectiva del incumplimiento de las cargas*, Ed. Trivium, Madrid, 1988.
- NÚÑEZ ZORRILLA, *El contrato de alimentos vitalicio*, Madrid, 2003.
- «Comentario a los artículos 1.791 a 1.797 del Código Civil sobre el contrato de alimentos vitalicio», en *RGLJ*, III Época, año 2005, núm. 3, julio-septiembre.
- PACHIONNI, *Los contratos a favor de terceros*, traducido por Francisco Javier OSSET, Madrid, 1948.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. II, *Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*, Madrid, 2001.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, «Notas preliminares para el estudio del nuevo contrato de alimentos», en *La Notaria*, Col.legi de Notaris de Catalunya, núm. 4, abril de 2004.
- PRADA GONZÁLEZ, «La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos?», en *AAMN*, T. XVI, 1968.
- QUINONERO CERVANTES, *La situación jurídica de renta vitalicia*, Secretariado de Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 1979. También en *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, T. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.
- RAMS ALBESA, en LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 2.º, Madrid, 2002.
- REBOLLEDO VARELA, «El contrato de vitalicio (especial consideración de su regulación en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia)», en *AC*, 1996.
- RIVERA FERNÁNDEZ, *La posición del comprador en la venta a plazo con pacto de reserva de dominio*, Valencia, 1994.
- RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil II*, vol. 1, Madrid, 1999.
- ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, T. IV, vol. 2.º, Barcelona, 1979.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, «La donación con cláusula de reserva de la facultad de disponer», en *AAMN*, T. XVI, 1968.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, «La naturaleza *ob rem* de la obligación de renta vitalicia», en *RCDI*, 1980, pág. 1335 y sigs.

TORRALBA SORIANO, *El modo en el Derecho Civil*, Madrid, 1967.
ZURITA MARTÍN, *Contratos vitalicios*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.
— *Protección civil de la ancianidad*, Madrid, 2004.

RESUMEN

ASEGURAMIENTO PATRIMONIO MAYORES/DISCAPACITADOS

La obligación *ex lege* de «dar alimentos entre parientes» deriva de la regulación contemplada en el Código Civil español, artículos 142 y siguientes. A dicha regulación se suma, en paralelo, la obligación contractual, que tras entrada en vigor de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de «Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», introduce el denominado «contrato de alimentos» en los artículos 1.791 a 1.797 del Código Civil, dentro del Libro IV, Título XII, Capítulo II, en virtud del cual, se pueden incluir, entre otras medidas de garantía para el aseguramiento del patrimonio del cedente, otras previsiones negociales, que propuestas por el legislador unas, y fuera de la regulación propia del contrato de alimentos, otras, garantizan, a quien cede, los alimentos, asistencia y cuidados precisos. Soluciones legislativas que, de haberse pactado, en aras de proteger el patrimonio del cedente, pueden devenir, en muchas ocasiones, en ineficaces, especialmente cuando el sujeto legitimado para exigir el cumplimiento, es persona mayor con sus facultades minoradas.

Mención especial merece la facultad de desistir conferida a cualquiera de las partes obligadas (art. 1.792 CC), al permitir la conversión del inicial contrato de alimentos, en contrato de renta vitalicia, con la consiguiente quiebra del principio de identidad de la prestación debi-

ABSTRACT

PROPERTY ASSURANCE ELDERLY/DISABLED

The *ex lege* obligation «to provide support among relatives» stems from the regulation envisaged in the Spanish Civil Code, articles 142 *et seqq.* To that regulation is added the parallel contractual obligation that was introduced, after the entry in force of Act 41/2003 of 18 November (on the protection of the assets of persons with disabilities and the amendment of the Civil Code, the Civil Proceeding Act and tax legislation for this purpose), by what is termed a «support contract» in articles 1791 to 1797 of the Civil Code (in Book IV, title XII, chapter II). Among the security measures to assure the property of the assigner under such a contract, other business provisions can be included. Some of these provisions are proposed by legislation, outside the customary regulations governing support contracts; others guarantee the assigning person will receive the food, aid and care he or she requires. When such legislative solutions are arranged to protect the assigner's property, they can on many occasions become ineffectual, especially when the individual who has the standing to demand compliance is an elderly person of diminished faculties.

Special mention should go to both parties' faculty to abandon the contract (CC, art. 1792) upon allowing the initial support contract to be converted into a life annuity agreement. When this happens, the principle of identity of the consideration owed is broken (twisted from what we might regard as an extremely

da (de obligación, que podríamos calificar de personalísima, a obligación genérica), en perjuicio, probablemente, de la parte más débil en el contrato.

El incumplimiento de lo pactado, con indudable incidencia en la vida del mayor, y probablemente también con daño para las Administraciones Públicas —que se verán obligadas a dar asistencia y cuidados al desasistido—, no encuentra tampoco el amparo legal suficiente en el ámbito penal, en cuanto penaliza, con rigor, el incumplimiento de las obligaciones familiares, y muy vagamente esas mismas prestaciones nacidas de pactos.

personal obligation to a generic obligation), probably to the detriment of the weaker party to the contract.

Breach of contract would have an indubitable impact on the life of the elderly person and would probably also be injurious to government (which will be obligated to provide the insufficiently assisted elderly person with aid and care). Yet insufficient coverage is provided by criminal law, which harshly penalizes breach of family obligations and only very vaguely penalizes breach of the same obligations if they are born of agreements.

(Trabajo recibido el 31-8-20009 y aceptado para su publicación el 20-9-2010)