

PROFA. DRA. MARÍA E. ROVIRA SUEIRO
Profa. Titular de Derecho civil
Universidad de A Coruña

*Mecanismos civiles de protección
de las personas en situación de
dependencia*

Mi intervención se enmarca bajo el título “Mecanismos civiles de protección de las personas en situación de dependencia”, parece un poco pretencioso y así resultaría si tratase de abarcar todos los medios del Derecho Civil que pueden ser empleados con esa finalidad, pero no va a ser así, me voy a limitar a los más socorridos, en algunos casos, pero sobre todo a los que considero que pueden resultar más útiles para hacer frente a una situación de dependencia. Todo ello sin perjuicio de reconocer que la solución óptima se alcanzaría si los remedios civiles se complementasen con las ayudas y subvenciones públicas previstas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situaciones de dependencia. Si bien en el momento presente la aplicación de la Ley se limita a las situaciones de dependencia más severas.

En este sentido comenzar señalando que el Derecho civil es el derecho de la persona por antonomasia, el derecho de todas las personas, y desde esa perspectiva es precisamente desde la que nos interesa, es también el derecho que debe dar respuesta a las situaciones de dependencia mediante el juego de la autonomía de la persona, de su libertad y sólo si ello no es posible entrarían otros mecanismos que precisamente por no contar con la voluntad directa de la persona deben ocupar un segundo y lejano plano.

Es fácil, más de lo que pensamos que la situación de dependencia se cuele en nuestras vidas, ya sea por la pérdida de capacidad propia, por padecer una enfermedad dege-

nerativa, sufrir un accidente o llegar a una de terminada edad, ya sea por la pérdida de capacidad de un ser querido, un hijo, un familiar menor, discapacitado o anciano.

Por todo ello a lo largo de mi intervención trataré de poner de relieve los medios en los que la relevancia de la voluntad de la persona es total para afrontar una futura o incipiente situación de dependencia propia o ajena, y qué virtualidad tienen para hacerlos recomendables en cada caso concreto o desaconsejables según qué circunstancias.

En principio, a las personas a partir de la mayoría de edad se nos presume capaces para dominar el curso de nuestros actos, ahora bien, desgraciadamente en ocasiones la persona carece o tiene mermada esa capacidad, ya sea desde un principio, ya sea como consecuencia de avatares ligados a su propia existencia. Es más, dados los últimos avances médicos una persona plenamente capaz puede conocer la tendencia, e incluso el certero padecimiento futuro de una enfermedad degenerativa que merme su aptitud volitiva e intelectual hasta su completa desaparición.

Esta realidad, junto con el factor social del incremento de la esperanza de vida, es la que confiere un interés realmente extraordinario al conocimiento de los medios que el Derecho arbitra para que la persona pueda afrontar desde la plena capacidad una eventual pérdida, fundada o no.

La sistemática utilizada para ello y para lograr una mayor claridad expositiva me lleva a dividir mi intervención en dos partes: 1) en la que analizo la virtualidad de las disposiciones *mortis causa*, que como su propio nombre indica producen sus efectos a la muerte de la persona que las realiza, y 2) otra relativa a las disposiciones *inter vivos*.

Por lo que se refiere a las primeras, me he limitado al esbozo de las más significativas, porque considero que su operatividad se manifiesta sobre todo en el ámbito de la heteroprotección. Constituyen la opción menos fiduciaria, en el sentido de que apenas desvirtúan la causa propia del negocio y, en buena parte, precisamente por ello, resultan menos operativas desde un punto de vista práctico porque, si lo que se pretende es una protección integral de la persona en situación de dependencia ello supondría dotarles de una eficacia jurídica *ex ante* incompatible con la naturaleza propia del negocio elegido. En concreto me voy a limitar a la delegación de la facultad de mejorar y a la institución de heredero a quién cuide al testador.

Por lo que se refiere a las segundas, las desarrollaré con más detalle por su mayor versatilidad que las hacen igualmente útiles para afrontar la propia situación como au-

toprotección pero también como alternativas de heteroprotección de aquellas personas que tenemos a nuestro cargo.

Bien comenzando por las disposiciones *mortis causa*, me referiré a la delegación de la facultad de mejorar. En principio del art. 830 CC resulta claro el carácter personalísimo del ejercicio de la facultad de mejorar por cuanto se establece taxativamente que «la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro». Sin embargo a continuación el art. 831 CC contiene una importante excepción que matiza, en su redacción actual¹ de forma pormenorizada, tal prescripción al prever que: «1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de las sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa.

1. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior.

1 La redacción actual proviene del art. 6 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. Es mucho más prolija que la anterior en la que simplemente se establecía que «no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales que muriendo el cónyuge otorgante, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante. Si no hubiere señalado plazo, el viudo o viuda tendrá un año, contado desde la apertura de la sucesión, o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes».

2. El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos.

De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas y otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades.

3. La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones.

Cuando algún descendiente que lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido.

4. Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.
5. Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí».

Como puede advertirse dado el sesgo que ha tomado el tenor actual se responde positivamente a la polémica que suscita la posible aplicación a las parejas de hecho de las normas relativas al matrimonio. Con anterioridad, algunos autores tomando como eje el respeto al principio de no discriminación y la finalidad del art. 831 CC situada en la paternidad común, “como causa remota y elemento esencial frente al matrimonio, causa próxima y elemento natural”, se mostraban ya partidarios del reconocimiento de los

mismos derechos a los convivientes que a los cónyuges. Argumento razonable e incluso deseable para otros para los que, sin embargo, no resultaba atendible dado contenido del art. 831 CC que además de incardinarse en un sistema de limitaciones de la voluntad del causante, el de las legítimas, suponía una clara excepción al art. 670 CC que, por lo tanto, debía ser objeto de interpretación restrictiva y ceñirse al estrecho margen que dejaba el propio art. 831 CC, cuyo elemento esencial lo constituía el vínculo matrimonial, la relación de especial confianza que éste supone y que se quiebra prácticamente en las situaciones de crisis del matrimonio. La realidad actual es bien distinta no sólo se zanja la cuestión sino que el legislador va todavía más allá y no parece ni siquiera exigible el requisito de la convivencia al menos desde la literalidad del precepto puesto que el último párrafo establece que «las disposiciones anteriores serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí», con lo que parece exigir sólo la paternidad común.

Por lo que a la finalidad de este trabajo interesa debo comenzar señalando que a pesar de forjarse la modificación en un contexto absolutamente propicio a la autoprotección, como lo demuestra el propio título de la Ley y la introducción de la denominada autotutela, su contenido en este punto resulta bastante alejado pues sigue siendo el art. 831 CC una fórmula útil desde el punto de vista de heteroprotección, hasta me atrevería a decir que incluso a tal fin lo sigue siendo de forma indirecta.

En efecto el texto vigente del art. 831 CC a pesar de ser mucho más prolijo que el anterior ha limitado la forma de otorgarse suprimiendo las capitulaciones matrimoniales por lo que sólo se podrá hacer en testamento lo cual, aparte de hacer inexigible la reciprocidad, duda que podía suscitarse al amparo de la anterior redacción, no parece más ventajoso para los otorgantes, antes al contrario².

Junto con la forma se exigen otra serie de requisitos, objetivos y subjetivos, a los que haré referencia a continuación no sin antes señalar que la concurrencia de los mismos sigue siendo valorada y apreciada en momentos diferentes pues se atiende a las circunstancias personales del concesionario tanto en el momento de fallecimiento del delegante como en el momento de hacer efectiva la delegación que no tienen porqué coincidir, consiguientemente su cumplimiento en un primer momento y su no continuidad lo deja sin efecto.

2 En este sentido precisamente RIVAS MARTINEZ lamenta «la supresión de las capitulaciones matrimoniales como instrumento público que pueda contener estas disposiciones porque a través de ellas se podía llegar (y de hecho en la práctica jurídica así se hacía), a resultados idénticos, cuando no mejores, que los que se pueden obtener a través del testamento» (RIVAS MARTINEZ, J.J., Derecho de Sucesiones Común y Foral, Tomo II, vol.1º (3ª edición,), Edit. Dykinson, Madrid, 2003, pág. 492.

Como ya ha sido apuntado la disposición contenida en el art. 831 CC era interpretada de forma diferente según cuál fuese la finalidad que se entendía perseguida por el precepto en cuestión. Para unos encontraba su justificación en la paternidad común y, para otros radicaba en la especial confianza inherente al vínculo matrimonial, lo que conducía a los unos a proponer una interpretación amplia que suponía relativizar el requisito del matrimonio, y a los otros a defender una interpretación restrictiva presidida por el carácter excepcional de su contenido. Ambas posibilidades tenían como lógico corolario una lectura absolutamente dispar de los requisitos legales para la validez de la delegación.

En la actualidad los términos en los que se concibe la delegación dejan sin posibilidades a la primera opción pues no hay duda de que el matrimonio ya no constituye requisito esencial, tal y como expresamente establece el último párrafo del art. 831 CC, ni siquiera la convivencia sin perjuicio de que siga constituyendo, en algún caso, factor decisivo como lo demuestra el que se encuentre implícita en la causa de cese de la delegación, art. 831.5º CC.

Por lo demás conserva un papel definitivo el factor tiempo para valorar la condición del concesionario y la exigencia de una determinada forma: el testamento. Asimismo en el caso de que exista vínculo matrimonial se excluyen los supuestos separación y divorcio, salvo la posterior reconciliación, e incluso, “habida cuenta del trato que se confiere a las situaciones de hecho”, también debería entenderse extensible a los supuestos de separación hecho³ aun cuando no haya recaído sentencia, conclusión corroborada por lo dispuesto en los arts. 102 y 106 CC que declaran revocados todos los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubieran otorgado a favor del otro por el mero hecho de admisión de la demanda⁴, sin perjuicio de que se puedan obviar los efectos de tales situaciones siempre y cuando se haga constar de forma expresa. También se requiere que el supérstite no contraiga matrimonio ulterior, si bien ello no privaría de eficacia a la mejora realizada antes de contraerlo, pues en tal caso el delegado mantendría la condición de viudo respecto del cónyuge delegante. Por el contrario dicho requisito no se cumpliría si se contrae matrimonio independientemente de cuáles sean sus vicisitudes, declaración de nulidad, divorcio, incluso aun cuando ello tuviera lugar antes del ejercicio de la facultad delegada («no debe entenderse cumplido si se hubiera contraído un

3 CAMPO GÜERRI, M-A., «La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad», RJN, núm. 34, 2000, pág. 12.

4 En este sentido LEÑA FERNANDEZ, R., El notario y la protección del discapacitado, Edit. Consejo General del Notariado, Madrid, 1997, págs. 250-251.

matrimonio nulo, ni tampoco en el caso de haber contraído después de la muerte del causante y antes de ejercitar la facultad delegada, haberse divorciado o separado o enviudado de ese segundo matrimonio. El estado civil de viudedad a que se refiere el art. 831 CC es en relación al cónyuge fallecido y se requiere la permanencia en dicho estado en el momento de distribución de la mejora»⁵, tampoco si se pone fin a la convivencia en el caso de situaciones asimiladas al matrimonio, todo ello siempre y cuando, claro está, no se haya consentido expresamente porque a tenor de lo dispuesto en el pfo 5º del art. 831 CC la voluntad del testador permite excluir la virtualidad de las causas de cesación de la delegación. Otro requisito es no haber sido desheredado justamente ni declarado indigno para suceder por el cónyuge delegante. Por último se ha cuestionado la necesidad de sobrevivencia de más de un hijo. A este respecto si bien la jurisprudencia lo consideraba necesario v.gr. el fundamento jurídico 7º de la STS de 22 de noviembre de 1991⁶, parece que el actual art. 831 CC despeja cualquier duda en cuanto al alcance de los posibles beneficiarios que pueden ser tanto los hijos como los descendientes comunes. Así pues resulta adecuada la interpretación hecha en su día por VALLET en el sentido de asimilar hijos a descendientes de lo que deriva la innecesariedad de que sobreviviera más de un hijo al proceder también a favor de nietos o descendientes de ulterior grado, en la medida en que era posible establecer en favor de éstos instituciones fideicomisarias *ex art. 782 CC* dentro de los límites de los arts. 781 y 785 CC⁷.

En cuanto al contenido propiamente dicho de la facultad que se concede al viudo, conviviente supérstite o progenitor común en el art. 831 CC “que generalizando se denomina delegación de la facultad de mejorar”, ésta puede limitarse a la facultad de distribuir, o

5 LLOPIS GINER, J.M., «La incidencia de las rupturas matrimoniales en el derecho de sucesiones», RGD, 1998, pág. 7071. En contra sin embargo LEÑA FERNADEZ con anterioridad a la reforma y de manera un tanto visionaria ya se mostró partidario de la posibilidad de que el otorgante dispense en su testamento de ese requisito de limitación de las segundas nupcias y en este sentido afirma que «los que aun reconociendo el carácter especial del precepto frente al sistema general del CC, entendemos que el legislador lo introdujo tomando la figura de los derechos forales y que, en consecuencia, para que tenga su mayor utilidad, es necesario optar por una interpretación progresiva, acorde con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado (art. 3 CC) y atenta a las fuentes de donde se ha tomado –los Derechos forales, que son sus únicos antecedentes legislativos (art. 3CC)». (El notario y la protección jurídica del discapacitado, Edit. Consejo General del Notariado, Madrid, 1997, pág. 253).

6 (RJA, 8477).

7 VALLET, JB., «Comentario al art. 831», en Comentario del Código Civil, Tomo I, Edit. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, págs. 2048 y 2056. En el mismo sentido se pronuncian DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, Sistema de Derecho Civil, Tomo IV, Edit. Tecnos, Madrid, 2006, pág. 425, RIVAS MARTINEZ, J.J., «Disposiciones y Estipulaciones para la propia incapacidad», RJN, núm. 26, 1998, pág. 342.

sólo a la de mejorar o abarcar ambas, entendiendo que si sólo se refiere a la distribución habría que considerar que ésta englobaría también la de mejorar a no ser que se excluyera expresamente⁸. En otras palabras, salvo que la distribución signifique la concreción de las cuotas de mejora ya establecidas, por lo general la distribución será una de las operaciones básicas para la realización de la mejora, lo cual a nuestro juicio permite justificar la imprecisión que supone, “en cuanto simplificadora”, asimilar el contenido del art. 831 CC con la delegación, únicamente, de la facultad de mejorar. En este sentido puede resultar práctico reproducir en el testamento el tenor del art. 831 CC y añadir alguna cláusula que permita delimitar lo que se pretende, que no es otra cosa que el delegado pueda no sólo distribuir sino también fijar cuotas a los llamados mejorándolos en los tercios de mejora y libre disposición.

Por lo demás, lo que sí era prácticamente compartido por la mayoría de los autores era la consideración de que el verbo mejorar se empleaba en un sentido amplio abarcando además del segundo tercio el de libre disposición⁹, extremo en la actualidad recogido expresamente en el párrafo 1º del art. 831CC.

Finalmente, en relación al plazo para el ejercicio de esta facultad delegada el legislador permite que éste sea fijado por el testador y sólo la falta de previsión daría entrada a los plazos legales que se han incrementado de uno a dos años a contar desde la apertura de la sucesión o desde la emancipación del último de los hijos comunes pudiendo incluso ser vitalicio si el cónyuge resulta el usufructuario universal (art. 820.3 CC), lo que sin duda en este contexto resulta especialmente útil a efectos de reforzar la situación del delegado. En efecto si se ha señalado plazo éste puede ser tan largo como el causante quiera ya que la ley, en principio, no limita dicha facultad pudiendo incluso el fiduciario hacer la distribución en su propio testamento, con lo que el plazo de dicha facultad será vitalicio. Sólo en el supuesto de no haber sido fijado será el que marca la ley, el cual es distinto según concurren hijos menores comunes o no. Habiendo hijos comunes menores no emancipados el plazo puede resultar alargado posibilidad que responde a la idea de que el fiduciario no

8 En este sentido vid. VALLET, J.B., «Comentario al art. 831», cit., pág. 2056.

9 En este sentido (VALLET, J.B., «Comentario al art. 831», cit., pág. 2056. Si bien algún autor disiente de tal parecer así por ejemplo LASARTE entiende que «quizá fuere más conforme con el sistema del propio Código (por mucha inspiración foral que tuviera en su momento el art. 831) entender que tanto la facultad de distribuir los bienes del difunto cuanto la de mejorar en ellos deben circunscribirse a los que puedan comprenderse en el tercio de mejora, respetando el tercio de legítima estricta y entendiendo abierta la sucesión intestada respecto del tercio de libre disposición» (LASARTE ALVAREZ, C., Principios de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones, Tomo 7º, Edit. Trivium, Madrid, 2001, pág. 256.

tenga que elegir mientras las circunstancias objetivas no le permitan ponderar las cualidades, aptitudes, y necesidades de los hijos. Para el caso de no haber hijos menores no emancipados el plazo es el mismo del albaceazgo, pero comenzando a contar desde la apertura de la sucesión, lo cual como pone de manifiesto LACRUZ puede resultar manifiestamente insuficiente cuando el cónyuge tarde en enterarse de su nombramiento¹⁰.

El lapso de tiempo que transcurre desde la apertura de la sucesión hasta que se ejercite la facultad, da lugar a una especial situación de yacencia que alcanza en cierto modo también a los llamamientos por cuanto «se sabe quiénes van a ser los sucesores, pero no la proporción en la que lo será cada uno, ni el título por el que sucederán»¹¹. Ahora bien «no puede admitirse que en esta situación interina o de pendencia haya una delación retardada de las sujetas a condición suspensiva, consistente en la efectución de la mejora o distribución por el fiduciario, pues la delación en general es inmediata, si bien abstracta, ni que haya una delación inmediata pero sujeta a un plazo suspensivo o inicial (*ex die*), que suspenda la adquisición de los bienes y derechos de la herencia, pero no la obtención del título de heredero, pues, con la salvedad de la legítima estricta, existe incertidumbre total respecto de la posible adquisición hereditaria, tanto en si serán destinatarios de los dos tercios de mejora restringida y de libre disposición, como en qué quantum o proporción lo serán, así como en qué especie o calidad de bienes sucederán»¹². Así pues cabe afirmar que la delación hereditaria es inmediata, en este sentido el último inciso del pfo. 1 del art. 831 CC establece que las disposiciones que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa, a lo que cabe añadir, por la propia naturaleza de las cosas, el supuesto del concebido en cuyo caso no se producirá hasta que nazca cumplidos los requisitos de los arts. 29 y 30 CC y con aplicación, del tiempo que medie hasta que se verifique el parto, de las precauciones establecidas en los arts. 959 a 967 CC.

Otra cuestión interesante pero también resuelta era la relativa a su posible aplicación cuando en la herencia estuviesen interesados no sólo hijos comunes del causante y del cónyuge supérstite sino también hijos sólo del causante. El problema se planteaba fundamentalmente por constituir el art. 831 CC una excepción a la prohibición del art. 1057 CC de que sea contador partidor un interesado en la herencia justificada preci-

10 LACRUZ y Otros, Elementos de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones, Edit. Bosch, Barcelona, 1993, pág. 383.

11 LACRUZ y Otros, Elementos de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones, cit., pág. 382.

12 ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., Derecho de Sucesiones, Tomo II, Edit. Bosch, Barcelona, 1993, pág. 257.

samente por la existencia de hijos comunes y que, por tanto, cesaría cuando para el cónyuge facultado no todos los hijos que concurren son de la misma condición. En la actualidad, aunque de forma indirecta, la duda ha sido resuelta por cuanto el párrafo 4º del art. 831 CC dispone que «la concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones».

Por último aun cuando se reconoce un amplio margen a la voluntad del delegante, coherente con la naturaleza del único vehículo formal autorizado para su otorgamiento: el testamento, lógicamente sigue operando el límite imperativo de respeto a las legítimas que se presumen respetadas (art. 831.3 CC) presunción necesariamente *iuris tantum* que, por lo tanto, admite prueba en contrario.

En todo caso, a la luz de lo expuesto, y a pesar de la reforma resulta evidente que la delegación de la facultad de mejorar sigue constituyendo, sobre todo, un medio de heteroprotección en el sentido de que con ella se deja al cónyuge superviviente en una situación ventajosa para poder solicitar de sus hijos la asistencia y cuidado necesarios pues la colaboración de éstos puede resultar incentivada con la posibilidad de resultar mejorados, pero desde el punto de vista de satisfacer la propia protección su alcance resulta muy limitado.

En conclusión desde la perspectiva de autoprotección considero escasa su operatividad tanto más en el ámbito del Derecho Civil de Galicia al regular la Ley gallega el testamento mancomunado y reducir la legítima de los descendientes, ambas circunstancias en mi opinión convertirán al art.831 CC en un precepto de aplicación marginal.

En relación a la cláusula testamentaria de instituir heredero a la persona que cuide al testador, utilizada casi como cláusula de estilo en testamentos notariales de algunas zonas de nuestra geografía, es bastante desaconsejada porque su empleo lejos de evitar conflictos constituye, en la mayoría de los casos, una llave segura para la apertura de un pleito sobre todo por su imprecisión que exige muchas veces, incluso al margen del ánimo litigioso de algún heredero, de la interpretación por parte de la autoridad judicial.

Desde la pretensión de afrontar una eventual situación de dependencia también es evidente su limitada eficacia. Constituye una posibilidad factible pero, a mi juicio, no para

la totalidad de supuestos de previsión de una futura incapacidad sino más bien para los dimanantes de enfermedades degenerativas y al comienzo de sus primeros síntomas. Es decir, quienes se plantean la futura incapacidad por causas absolutamente fortuitas y, por tanto, imprevisibles, “como por ejemplo la eventualidad de sufrir un accidente”, suelen acudir a otros medios para su autoprotección.

Incluso así sigue siendo escasa su virtualidad para asegurar la atención personal y patrimonial del futuro incapaz pues su fuerza apenas permite crear vínculos jurídicos que legitimen para compeler a la persona instituida a cumplir, sin perjuicio de que la buena voluntad unido al interés por incrementar en el futuro su patrimonio pueden constituir, en algunos casos, incentivos suficientes para procurar al causante mientras viva una existencia digna en todos sus aspectos.

La institución de heredero a favor de quien cuide al testador en los últimos años de vida puede revestir dos formas: Realizar una designación genérica en términos similares a «instituyo heredero a quien me cuide» más o menos precisa añadiendo por ejemplo «en los últimos años de vida», o bien de forma concreta, nominativa; condicionándola en cualquiera de las dos modalidades al efectivo cumplimiento de la condición de cuidar ya sea en sentido estricto, o sea concebida como modo o carga.

En la mayor parte de las ocasiones, como advierte ROMERO CANDAU, habrá que analizar si se trata de una condición (a lo que cabría añadir modo o carga) de la disposición o si constituye la causa de la propia disposición. En tal sentido, tal y como pone de relieve el autor citado, estaremos ante una condición si se designa a una persona de forma concreta siempre que cuide al testador o a éste y a otra persona. La condición de haber cuidado al testador hasta su muerte dejará de ser un hecho condicional cuando la sucesión se abra, pero su cumplimiento o no deberá haberse producido antes. Si la condición se refiere a los cuidados que habrá de prestarse al testador o a un tercero, sí que puede subsistir parcialmente después de la apertura de la sucesión y estaremos ante una condición suspensiva o resolutoria según su configuración, potestativa del art. 795 CC. Cuando la obligación de cuidar al testador o a un tercero se configure como modo habrá que estar a lo ordenado por el testador para el supuesto de incumplimiento en su caso. Finalmente cuando los cuidados se configuren como causa de la disposición, de tal forma que el testador no lo habría hecho de no haberlo cuidado, su incumplimiento hará ineficaz la disposición por aplicación del art. 767 CC¹³.

13 ROMERO CANDAU, P.A., «Posibilidades de autoprotección de quien conoce su progresiva pérdida de capacidad», Academia Sevillana del Notariado, Tomo VIII, Edit.Edersa, Madrid, 1995, págs. 471-472.

Habida cuenta de las dificultades que entraña esta cláusula no estaría de más acompañar la institución de heredero del nombramiento de un albacea suficientemente facultado con el que se trate de garantizar el cumplimiento de la voluntad del testador, reconociendo de antemano que no supone un gran avance dada la escasa regulación del albaceazgo en el CC¹⁴, por lo demás esta parece ser la solución de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006.

Otra forma de verificar el cumplimiento de la condición, modo o carga y la determinación, en su caso, del heredero podría ser a través de un acta de notoriedad o por decisión judicial.

Pero sin duda el mayor campo de posibilidades se ofrece desde las disposiciones *inter vivos* porque despliegan su eficacia en vida de la persona que las realiza. Ahora bien, también son más peligrosas en tanto en cuanto suponen en algunos casos desvirtuar de forma notable la causa del negocio, es decir, supone utilizar fórmulas cuya finalidad no es la protección de la persona de ahí que se fuerce un poco su perfil para acomodarlas a esa necesidad.

Destaca en este campo la donación, la cual se erige en alternativa a tener en cuenta por la persona en previsión del padecimiento potencial de una causa de incapacitación, pero no toda donación se antoja compatible con los fines realmente perseguidos. El Código civil en el art. 618 CC señala que «la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra que la acepta», a lo que el art. 619 CC añade que «es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado».

Resultan pues evidentes las diversas posibilidades que además son compatibles con una intención accesorias del donante de ser cuidado y atendido por el donatario.

En cuanto a la capacidad para llevar a cabo la donación se exige la general para contratar y la libre disposición a título gratuito de los bienes porque, así es como creemos que debe interpretarse el art. 624 CC cuando establece que «podrán hacer donación

14 CAMPO GÜERRI, M-A., «La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad», RJN, núm. 34, 2000, pág. 11. Acerca del papel del albacea en relación precisamente con la autoprotección vid. RIVAS MARTINEZ, J.J., «Disposiciones y estipulaciones para ...», cit., págs. 348-357.

todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes». Consiguientemente, en principio el donante ha de ser una persona mayor de edad, sin perjuicio de que se acepte la capacidad del menor emancipado respecto de determinados bienes y asistido por sus padres o curador cuando se trate de inmuebles (art. 323 CC). Aunque desde la perspectiva que no podemos perder de vista, de autoprotección, lo normal será que estemos en presencia de una donación hecha por un mayor de edad. Así las cosas, en principio las exigencias de capacidad no presentan mayores problemas pues lo habitual será que el donante tenga capacidad de obrar plena desde la cual prevé una futura ausencia o merma de capacidad, con mayor o menor fundamento.

En cuanto al donatario, teniendo en cuenta que la donación pura no puede perjudicar al que la recibe, el criterio legal de capacidad es muy flexible exigiéndose sólo la capacidad de entender y querer, esto es, capacidad natural salvo que se trate de donaciones onerosas en las que el art. 626 CC exige la capacidad general para contratar, lo cual tampoco tendría porque resultar un problema puesto que lo habitual será que el donatario tenga capacidad de obrar plena si lo que se pretende es que asuma el cuidado de nuestra persona y paliar la eventual situación de imposibilidad de autogobierno.

Por lo que se refiere al objeto tampoco representa en principio obstáculo alguno, a salvo lo que se verá con ocasión del límite que puede suponer la existencia de legitimarios. En este sentido aun cuando el Código emplea el término cosas (art. 618 CC) es generalmente admitida la posibilidad de que recaiga también sobre derechos, tanto reales como de crédito, e incluso sobre bienes futuros interpretando los arts. 634 y 635 CC como lo hace ALBALADEJO considerando que el art. 635 CC prohíbe donar todos los bienes futuros (todos los que el donante pueda llegar a tener) además de los presentes, porque eso sería dejar ya al donatario la herencia futura, pero no impide que se trate de algunos bienes futuros, interpretación que resulta especialmente útil como técnica de autoprotección porque incentiva la asistencia y el cuidado¹⁵.

Ahora bien, la amplitud del objeto es meramente aparente y se reduce como consecuencia de la virtualidad de determinados límites legales cuya finalidad es preservar tanto el interés del donante como el de terceras personas. En atención al interés del primero se establece la obligación de que el donante se reserve lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias, límite ciertamente subjetivo en su apreciación pero inevitable aun cuando no se exija su constancia expresa por cuanto es preciso que de la

15 Cfr. ALBALADEJO, M., Derecho civil, Derecho de Obligaciones, Edit. Bosch, Barcelona, 2002, Tomo II, pág. 593.

donación no se infiera que el donante se ha quedado sin lo imprescindible para vivir. Así la donación puede abarcar todos los bienes siempre y cuando su trabajo o la existencia de un seguro de invalidez, por ejemplo, garanticen al donante periódicamente lo necesario para seguir viviendo con arreglo a sus circunstancias. El interés de terceras personas completa el marco de restricciones de la donación. Por una parte están los acreedores que no podrán verse perjudicados como consecuencia de la donación y para ello se prevé su reducción hasta cubrir el montante de las deudas del donante. Por otra parte la existencia de determinadas personas, los legitimarios, impide que la donación supere determinada cuantía. Limitación esta última que resulta, a mi juicio, especialmente gravosa desde la óptica de la autoprotección. El límite de las legítimas, afortunadamente apenas presente en algunos Derechos civiles especiales, resulta especialmente grave en este contexto porque supone en caso de existir la presencia de legitimarios quienes, en principio, deberían ser los encargados de hacer frente a la situación de incapacidad por la proximidad en grado de parentesco. Pero el hecho de que el futuro incapaz se plantee una donación como técnica de autoprotección aún teniendo legitimarios es sintomático, en numerosas ocasiones, de una presumible desatención del donante que, precisamente, se siente obligado a buscar alternativas en un Código que no sólo no ofrece una solución sino que torpedea otras alternativas poniendo límites que pueden resultar muy injustos, originando una injusticia que no se logra paliar con la regulación de supuestos que suponen la pérdida de la condición de legitimario. En este sentido consideramos insuficiente la reforma operada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, al contemplar la desatención como causa de indignidad para suceder, si bien la mentada insuficiencia podría paliarse a través de una interpretación razonablemente amplia del nuevo art. 756.7 CC.

En cuanto al elemento formal, la donación exige una forma *ad substantiam*. En el caso de que el objeto donado sea una cosa mueble si va acompañada de la entrega simultánea de lo donado entonces no es precisa ninguna otra formalidad. En otro caso deberá constar por escrito en el que también se debe plasmar la aceptación del donatario, así lo dispone el art. 632 CC «la donación de cosa mueble puede hacerse verbalmente o por escrito. La verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada. Faltando este requisito, no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación». Cuando recaiga sobre bienes inmuebles se exige el otorgamiento de escritura pública, también para la aceptación, así claramente lo establece el art. 633 CC «para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario. La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante. Hecha en escritura separada deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escritu-

ras», formalidad que se extiende a los pactos accesorios que se añadan. En todo caso, se trata de un requisito esencial cuyo incumplimiento conlleva la nulidad de pleno derecho del negocio. Por último, tratándose de escritura pública no basta con que revista esta forma genérica sino que deberá tratarse de una escritura de donación art. 633 CC.

Lo afirmado hasta el momento, en general, es aplicable cualquiera que sea la modalidad de donación, sin perjuicio de alguna matización relativa a las donaciones modales o remuneratorias. Ahora bien, descendiendo ya a un plano más concreto habrá que determinar cuál es la clase de donación más adecuada desde la perspectiva de hacer frente a una incapacidad futura.

La donación simple a mi juicio debe descartarse teniendo en cuenta el propio mecanismo de la donación que, en principio, produce y agota sus efectos desde que es aceptada. Siendo esencialmente gratuita y no estando sometida a condición ni a término y mucho menos a carga alguna sólo genera obligación para el donante que, en el caso de que posteriormente no resulte como él esperaba, sólo puede verse «salvado» por los supuestos excepcionales de revocación. Adquirida la cosa donada el donatario no está obligado a nada para con el donante, consiguientemente el hecho de asumir su cuidado es algo que se mueve exclusivamente en el terreno del agradecimiento moral, la ingratitud del donatario como causa de revocación muy poco o nada se corresponde con el antónimo del agradecimiento del que estamos hablando.

Asimismo la donación remuneratoria contemplada en el art. 619 CC tampoco serviría a los efectos de autoprotección si se considera que por esencia, aun cuando pueda perfectamente estar referida a la asistencia y cuidado integral de la persona, alude a situaciones pasadas «la que se hace a una persona por su méritos o por los servicios prestados al donante», y pocas posibilidades, salvo supuestos de recuperación y reintegración de la capacidad, tiene el futuro incapaz de remunerar la atención prestada en una situación de incapacidad generalmente progresiva (propia de las situaciones que origina la autoprotección, el padecimiento de enfermedades degenerativas o el deterioro inherente al proceso de envejecimiento). Nuevamente la gratitud del donatario por la liberalidad del donante en atención a una conducta anterior y esperar que se repita si llega la incapacidad es lo único con lo que cuenta el donante para hacer frente a la misma, con lo que de nada le sirve, al menos en el terreno de lo jurídico. Sin embargo no necesariamente la donación remuneratoria deberá referirse a situaciones pasadas¹⁶,

16 En contra ROCA SASTRE, R., «La donación remuneratoria», en Estudios de Derecho Privado, Tomo I, 1948, págs. 529 y 530.

será lo normal pero digamos que no esencial. Como argumenta ALBALADEJO si se prometen servicios a cambio de lo que se recibe antes por ellos no hay donación. Hay donación pero no remuneratoria sino modal si se dona pero imponiendo la carga de prestar servicios. Pero «si se dona con voluntad de remunerar, porque se espera después recibir el servicio de forma gratuita, pero donando, no obstante, sin posible recobro de lo donado, aunque el servicio no se llegue a prestar, no cabe duda que si el donatario lo presta, la donación lo remunera. Y lo mismo, si aún donando bajo la condición de que el servicio se realice y porque se realiza así se cumple la condición, la donación adquiere efectividad, sin duda que es remuneratoria del servicio, bien porque la donación no produce efectos antes de recibir el servicio (con lo que éste no se puede tomar como posterior al acto de donar, pero no anterior, sino simultáneo a su eficacia), bien porque no veo cómo puedan considerarse incompatibles la condicionalidad y la remuneratoriedad, ya que por mucho que se done bajo condición de realización del servicio, si se dona para remunerarlo si se realiza, cuando se realiza la donación lo remunera. La consideración del servicio y el fin de remunerarlo, ciertamente que son lo que mueve a donar y lo que se persigue donando. Pero no veo por qué, como dice Biondi, ambas cosas han de referirse necesariamente a un servicio anterior a la donación, ya que lo mismo mueve a ésta un servicio que se espera para después. Y lo que importa es que si se llega a recibir el servicio anterior a la donación, a partir de entonces la donación queda aplicada a compensarlo. De modo que lo más que se podría decir es que quien dona definitivamente, pero para remunerar un servicio que espera, si es que lo recibe, ha donado con donación normal o eventualmente con donación remuneratoria; así que una vez prestado el servicio la donación vale para su remuneración, y se encuentra justificada la sumisión del caso a los preceptos especiales de la donación remuneratoria (como la no revocabilidad o reductibilidad, sino por el exceso del valor de lo donado sobre el servicio, no saneabilidad por dicho exceso), a los que sería inaceptable no someterla, porque la razón que justifica esos preceptos especiales, que es el equilibrio entre la pérdida de lo que se dona y el beneficio del servicio gratuito, es la misma en todo caso en que el equilibrio se produzca entre remuneración y servicio, dando igual que sea anterior el servicio o que sea primero la remuneración»¹⁷.

Cabe preguntarse cuál sería la justificación para acudir a la donación en vez de utilizar otros negocios remuneratorios quizá más seguros desde el punto de vista de la persona necesitada de asistencia. La razón puede estar en que en los negocios gratuitos hay una mayor carga moral en la obligación de la persona que ha de prestar su asistencia

17 ALBALADEJO. M., «La donación remuneratoria y los preceptos de la donación ordinaria que le son o no aplicables», RDP, enero 2002, págs. 10–12.

sobre todo por el margen que en cualquier caso queda a la ganancia conseguida por el beneficiario porque en línea de principio siempre tendrá mayor valor lo donado que el servicio prestado.

De todas formas, al igual que en la donación simple, con la remuneratoria que remunera servicios futuros al donante sólo le queda la vía no de incumplir la obligación, sino de paliar sus efectos en un momento posterior si concurre alguna de las causas que excepcionalmente permiten la revocación. La regla general es la irrevocabilidad lógica consecuencia teniendo en cuenta no sólo su carácter gratuito sino la genuina intención del donante de enriquecer al donatario. El art. 644 CC establece taxativamente que: «Toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes, será revocable por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes: 1º Que el donante tenga, después de la donación, hijos, aunque sean póstumos. 2º Que resulte vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto cuando hizo la donación». También se prevé la revocación por causa de ingratitud en los siguientes casos: «1º Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante. 2º Si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o de acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiere cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad. 3º Si niega indebidamente los alimentos» (art. 648 CC).

La revocación por ingratitud es el resultado del hecho cierto de que con la donación el donante favorece al donatario de lo que se infiere que éste debería estar agradecido de ahí la sanción de la ingratitud. Pero como quiera que la revocación supone una excepción a la irrevocabilidad no cualquier ingratitud puede ser esgrimida a tal efecto sino exclusivamente las previstas como tales en el art. 648 CC. Como ya puede advertirse está bastante lejos del significado de ingratitud para el sentir común, esto es, el que nos proporciona la Real Academia Española desagrado, olvido o desprecio de los beneficios obtenidos.

La ingratitud del Código es ciertamente extrema, delictiva o cuando menos ilícita. Interesa aquí especialmente la tercera causa, la negativa a prestar alimentos, en la medida en que es una forma de garantizar el que se proporcionen medios de subsistencia. Esta causa como apunta ALBALADEJO puede ser interpretada de dos formas considerablemente diferentes: una posibilidad es la que establece que si el donante necesita alimentos el donatario está obligado a dárselos por haber aceptado la donación por lo que si se niega incurre en causa de revocación, la otra posibilidad es que para que juegue la

causa es preciso que el donatario esté obligado pero por otro título, el ser alguno de los parientes enumerados en el art. 142 CC.

La doctrina mayoritaria se ha mostrado partidaria de la primera interpretación por parecer más acorde con el espíritu que encierra la ley y por ser ese el sentido que tenía el precepto en los Derechos de que el nuestro lo tomó¹⁸. Así cabe concluir la virtualidad de la revocación por no prestar alimentos al margen de los obligados del art. 142 CC.

La acción de revocación nace una vez producido el acto de ingratitud y se extingue por el transcurso de un año desde que el donante tuvo conocimiento del hecho (arts. 648 y 652 CC). El carácter subjetivo de las causas excluye la posibilidad de transmisión a los herederos tanto del donante como del donatario, en este sentido es claro el art. 653 CC al establecer que «no se transmitirá esta acción a los herederos del donante, si éste, pudiendo, no la hubiese ejercitado. Tampoco se podrá ejercitar contra el heredero del donatario, a no ser que a la muerte de éste se hallase interpuesta la demanda».

La revocación por ingratitud no tiene efectos retroactivos con lo que se respeta la eficacia de los actos realizados por el donatario así el art. 649 CC dispone que «revocada la donación por causa de ingratitud, quedarán, sin embargo, subsistentes las enajenaciones o hipotecas anteriores a la anotación de la demanda de revocación en el Registro de la Propiedad. Las posteriores serán nulas». En el supuesto de que no se pueda devolver lo donado o no se puedan devolver los bienes libres de gravámenes entonces el donante tendrá derecho al valor de los mismos o a que le abone la depreciación consecuencia del gravamen (art. 650 CC).

Como ya puede advertirse si lo que el donante pretende es huir de la incapacitación no resulta demasiado útil porque si tiene lugar la temida incapacitación con la consiguiente imposibilidad de autogobierno al final frente a la ingratitud del donatario lo único que le queda es resultar incapacitado y que sea su representante legal el que ejercite la acción revocatoria.

También constituyen causas de revocación la supervivencia y la superveniencia de hijos. Estas causas se basan, según la idea que goza de mayor predicamento entre los autores, en que se considera probable que la donación no se hubiera hecho si se hubiera sabido que se tendría un hijo o que el hijo tenido por muerto apareciese. El plazo de ejercicio de la acción en este caso es de 5 años contados desde el nacimiento del último

18 ALBALADEJO, M., Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, cit., pág. 612.

hijo o desde que se supo que existía el que se creía muerto, en el caso de que el hijo fuese póstumo lógicamente la acción será ejercitada por los herederos. La acción es transmisible sólo a los hijos y descendientes del donante y al igual que en el caso de ingratitud es irrenunciable anticipadamente. La revocación tampoco tiene efectos retroactivos así el art. 645 CC dispone que «rescindida la donación por supervivencia de hijos, se restituirán al donante los bienes donados, o su valor si el donatario los hubiere vendido. Si se hallaren hipotecados, podrá el donante liberar la hipoteca, pagando la cantidad que garantice con derecho a reclamarla del donatario. Cuando los bienes no pudieran ser restituidos, se apreciarán por lo que valían al tiempo de hacer la donación».

Tanto en el supuesto de ingratitud como en el de supervivencia y superveniencia de hijos el donatario sólo estará obligado a devolver los frutos producidos por la cosa donada desde la interposición de la demanda de revocación (art. 651.1 CC).

De todas formas para estimar la revocación de las donaciones es preciso acudir a la autoridad judicial, sin perjuicio de que pueda tener éxito la solicitud que el donante haga extrajudicialmente siempre y cuando el donatario se avenga sin más a restituir lo donado.

Descartadas a efectos de autoprotección la donación simple y la remuneratoria, vistos los inconvenientes cuando se remuneran servicios futuros a favor de futuro incapaz, las posibilidades que quedan se reducen fundamentalmente a: donación con reserva de la facultad de disponer, donación con reserva de la facultad de disponer y del usufructo, y donación modal.

Por lo que se refiere a la donación con reserva de la facultad de disponer su posibilidad la recoge expresamente el art. 639 CC a tenor del cual «podrá reservarse el donante la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, o de alguna cantidad con cargo a ellos; pero si muere sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes o la cantidad que se hubiese reservado». Se trata de un precepto sin precedentes en nuestro Derecho¹⁹ y que puede constituir desde el punto de vista de la autoprotección una posibilidad nada despreciable.

19 Acerca de sus precedentes y de su evolución histórica vid. RODRIGUEZ ADRADOS, A., «Donación con reserva de la facultad de disponer», en AAMN, 1968, Tomo XVI, págs. 439-444. BARRAL VIÑALS, I., La reserva de la facultad de disponer en la donación (Análisis del artículo 639 Cc), Edit. Bosch, Barcelona 1996, págs. 107-112.

No se trata en realidad de una auténtica reserva porque el donante no conserva alguna de las facultades que le pertenecían sobre el objeto donado sino que se concibe como una facultad nueva adquirida por pacto²⁰, que se añade a la facultad de disposición adquirida por el donatario como consecuencia de la donación, éste, si no se acordó otra cosa, puede disponer de los bienes donados aunque ciertamente quien los reciba lo hace sometido al riesgo de la disposición que el donante se reservó a salvo naturalmente la protección que la ley dispensa a los terceros adquirentes de buena fe que ignoraban el gravamen.

Desde la perspectiva de la autoprotección su oportunidad vendría dada en la medida en que se consigue que el donatario quede a expensas de lo que el donante decida aunque en rigor para que ello resulte así y, por lo tanto, efectivamente útil a los fines que nos interesan sería necesario llevar a cabo una interpretación del art. 639 CC en el sentido de que la reserva permitiese abarcar todos los bienes donados, que pudiese ejercitarse sin más y que fuese posible hacerla a favor de un tercero de confianza para el supuesto de que se ejercitase en un momento en el que el donante ya no pudiese, lo cual como se verá resultaría posible con una interpretación excesivamente forzada sobre todo por lo que se refiere al último punto dado el carácter intransmisible de la reserva.

El primer obstáculo se encuentra en la imposibilidad de abarcar el todo lo donado que deriva de la expresión «algunos de los bienes donados, o de alguna cantidad». Sin embargo no parece que éste sea insuperable para dar una respuesta afirmativa. La doctrina no es unánime, la mayoría se muestra partidaria, aunque a veces con matizaciones así por ejemplo hay quien admite la reserva total de forma excepcional cuando consiste en actos dispositivos onerosos con subrogación real, esto es, con la adquisición de la contraprestación por el donatario, por entender que el fundamento de la inadmisibilidad de la reserva total no está en la irrevocabilidad de la donación sino en los límites que tiene la autonomía privada²¹, no obstante frente a ello puede afirmarse que el donatario satisface siempre un interés cuando acepta la donación y antes de que el donante haga uso de esa reserva, ciertamente en el caso de subrogación real el interés del donatario es mayor pero precisamente admitir la reserva total en función del interés del donatario debería significar su aceptación en todos los casos siempre que al donatario le reporte algún provecho²². De todas formas si con respetar

20 ALBALADEJO, M. «Comentario al art. 639», en Comentario del Código Civil, Tomo I, Edit. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pág. 1621; RODRIGUEZ ADRADOS, A., «Donación con reserva de la facultad ...», cit., págs. 446, 473 y 475.

21 RODRIGUEZ ADRADOS, A., «Donación con reserva de la facultad ...», cit., págs. 444-459 especialmente 458 y 459.

22 En este sentido vid. BARRAL VIÑALS, I., La reserva de la facultad de disponer en la donación ..., cit., pág. 190

un escaso margen sería admisible la reserva de la facultad de disponer de todo lo demás, la discusión sobre si puede alcanzar o no al todo resulta un poco inocente²³. Hay también quien señala que no parece que sea el espíritu del art. 639 CC el permitir sólo la reserva parcial entre otras razones porque el que se refiere sólo a algunos no significa imperativamente no todos²⁴.

Por lo que se refiere a la posibilidad de que el donante recupere para sí sin más los bienes donados haciendo uso de la reserva tampoco se presenta como una cuestión que no pueda solventarse afirmativamente «aunque el precepto no especifique, puesto que ni prohíbe que la decisión de disponer se deje al libre arbitrio del donante, ni exige que se determine en qué circunstancias cabe disponer, de modo que no pudiese si no concurren (p. ej. podrá disponer únicamente si lo necesita o si se produce cierto hecho, etc.) parece claro que la reserva de disponer cabe establecerla simplemente para cuando el donante desee hacerlo, sin otra exigencia que la de que le plazca, siendo factible llevar a efecto disposición por cualquier tipo de acto»²⁵. Se deja libertad al donante no para revocar libremente sí para privar con posterioridad de la liberalidad que hizo lo que es, en cierta manera, una revocación cuando se trate de los bienes donados o una imposición retardada de carga, cuando se trate de cantidad de dinero. De todas formas el carácter puro o condicional que confiere a la donación la reserva no es algo pacífico así RODRIGUEZ ADRADOS considera que se trata de una donación pura tanto en el caso de versar sobre bienes o sobre una cantidad de dinero, en ambas el donante tiene ciertas facultades dispositivas sobre el objeto donado cualquiera que fuese su poseedor, en el primer caso el donante podía enajenar la cosa o constituir un derecho real sobre ella, en el segundo puede establecer una carga²⁶.

Para lo que sí existiría un obstáculo insalvable a mi juicio es para admitir que la reserva se establezca a favor de un tercero, posibilidad de la que en gran medida depende su efectividad desde el punto de vista de la autoprotección. El art. 639 CC no utiliza una forma imperativa «podrá reservarse el donante ...» pero aún así teniendo en cuenta que en principio la donación es irrevocable, siendo la revocabilidad la excepción sería inaceptable que se pudiese establecer la reserva en favor de persona distinta del donante porque ello

23 ALBALADEJO, M., «Comentario al art. 639», cit., pág. 1622.

24 ALBALADEJO, M., «Comentario al art. 639», en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (dir. Manuel Albaldejo), Edit. Edersa, Madrid, 1986, Tomo VIII, vol.2, págs. 258-259, se completa lo afirmado en el texto con otras cinco razones más derivadas todas ellas del espíritu de la ley

25 ALBALADEJO, M., «Comentario al art. 639», Tomo I, cit., pág. 1621.

26 RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «Donación con reserva de la facultad ...», cit., págs. 473-474.

equivaldría a dejar en manos de extraños la subsistencia o revocación de la donación²⁷. Lo cual no es óbice para que se permita que la reserva sea ejercida por el donante a favor de un tercero. Es más hay quien sostiene que si la razón última de la reserva de la facultad de disponer como excepción a la irrevocabilidad se encuentra en el interés del donante, admitir la reserva a favor de un tercero para el supuesto concreto de que éste la ejercite a favor de aquél si el donatario no cuida al donante en los términos previstos sigue respetando el interés del donante y además evitaba el problema que se planteaba si para conseguir dicha finalidad el donante otorgaba un poder a favor de dicho tercero toda vez que la doctrina mayoritaria considera que las facultades del apoderado no subsisten cuando llega la incapacidad del donante-poderdante²⁸, si bien en la actualidad tal problema no se plantea pues la incapacidad del poderdante no supone indefectiblemente la extinción del poder en virtud de la reforma operada en el art. 1732 CC por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de la que resulta que « el mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevinida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismos tutelar o posteriormente a instancia del tutor».

De lo expuesto hasta el momento se desprende que el donatario se hace dueño de la cosa porque con la donación se transmitió el dominio si bien su titularidad está afectada por una especie de causa de revocación, para algunos, y para otros está pendiente de una condición generalmente resolutoria²⁹.

Algo similar puede decirse de la donación con reserva de la facultad de disponer y del usufructo, el ejercicio de la posibilidad de gravar representa una imposición de una carga que convierte a la donación en modal consecuencia de la facultad de poder concedida al

27 Por todos ALBALADEJO, M., «Comentario art. 639», Tomo VIII, vol. 2, págs. 260–261; RODRIGUEZ ADRADOS, A., «La donación con reserva de la facultad ...», cit., págs. 452 y ss.

28 CAMPO GÜERRI, M–A., «La autoprotección del discapacitado ...», cit., pág. 19.

29 De todas formas acerca de si la donación es pura o si, por el contrario está sometida a condición no es algo unánime en la doctrina si bien la mayoría se inclina por considerarla condicional viniendo la discrepancia en cuanto a la determinación de la clase de condición así alguno consideran que la condición es suspensiva dependiendo de si se hace depender del hecho negativo de que el donante muera sin haber ejercitado la facultad, o del acto positivo de disposición del donante, en este último caso se estaría alterando la eficacia de la donación en el sentido de convertirla en *mortis causa*, lo cual no parece que pueda admitirse pues porque la alusión a «si muriere sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario» no retarda los efectos de la donación que se produce desde que ésta es aceptada momento en el que debe situarse el empobrecimiento del donante y el enriquecimiento del donatario uno transmite efectivamente la propiedad y otro la adquiere.

donante, sólo el efecto reflejo del acto de disposición es lo que modifica esencialmente la entidad del derecho que pasa a ser una propiedad limitada³⁰.

Finalmente nos encontramos con la donación modal, incorrectamente llamada en el Código onerosa o con causa onerosa, que es, a mi juicio, como trataré de justificar, la mejor opción dentro de las donaciones. La donación modal consiste en aquella donación en la que se impone al donatario una carga o gravamen en forma tal que no desdice el carácter gratuito de la atribución. Concretamente señala el art. 619 CC que también es donación aquella en la que se impone al donatario un gravamen inferior a lo donado. El establecimiento de una carga diversifica en algunos puntos el régimen general de la donación normal. En este contexto el art. 622 CC establece que «las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos» de lo que errónea y aisladamente podría colegirse que la donación modal se rige por las reglas de los contratos. Sin embargo, estas donaciones se regirán, en primer lugar, por las reglas específicamente previstas (v.gr. arts. 626, 633, 647.1 CC), en segundo lugar, por las reglas generales de la donación (arts. 619 y 621 CC), salvo por lo que respecta al valor del gravamen en la parte en queda absorbido por la donación que serán de aplicación las reglas de los contratos onerosos.

Aún así, existe un obstáculo difícilmente superable no sólo en el supuesto de permanencia en una situación de hecho de incapacidad natural sino también en el contexto de una declaración de incapacitación, pues a pesar de la autotutela podrá ocurrir que el donatario no sea nombrado tutor y por tanto suscitarse el problema de conciliar el cumplimiento del modo por el donatario, “cuando éste consiste en la asistencia y cuidado del donante”, con el cumplimiento de las obligaciones propias de quien ostente el cargo de tutor. Además si el donatario cumple desde el comienzo de la incapacidad hasta la declaración de incapacitación y luego no puede seguir haciéndolo por resultar su carga coincidente con el contenido de la tutela e impedirsele el propio tutor ¿qué ocurre? ¿se entiende que no ha cumplido?, si la respuesta es afirmativa entonces ¿quién, fuera de los elegidos *ex art. 234 CC* aceptarán las donaciones sometidas a un modo o carga?, la respuesta se omite por obvia pero el problema más que tangible no puede ser ignorado y no existe una solución segura, será el órgano jurisdiccional competente el que la determine ponderando las circunstancias en cada caso concreto.

Por otra parte, la donación con carga o modo además de los límites normales de cualquier donación, a los que ya he hecho referencia, cuenta con el límite específico de

30 Sobre este aspecto vid. BARRAL VIÑALS, I., La reserva de la facultad de la facultad de disponer en la donación ..., cit., págs. 240 y ss.

que la carga no puede superar el valor de lo donado lo que prácticamente implica la existencia de un patrimonio importante habida cuenta de lo costoso que resulta afrontar económicamente la atención de determinadas incapacidades, con relación a las cuales la donación no es sino una muestra de agradecimiento. Se podría decir entonces que para evitar el problema anterior se acuda a la donación simple, pero en ese caso la eficacia de la misma en el sentido no técnico pero sí real de cumplir el fin previsto por parte del donante tiene escasas o nulas posibilidades quedando absolutamente a merced de la exclusiva buena voluntad del donatario, a salvo los supuestos en la realidad extremos de ingratitud y revocación.

Otra posibilidad sería configurar el incumplimiento del deber de alimentos como causa determinante de la reversión de la donación a favor del donante o de un tercero con la transmisión en este último caso de ese deber, ahora bien la figura de la reversión también obliga a plantearse y contestar en análogos términos los interrogantes que suscita la donación modal³¹.

Continuando con el análisis de instrumentos civiles con eficacia *inter vivos* destacan sin duda el contrato de renta vitalicia, el vitalicio regulado en la LDCG 2006 y el contrato de alimentos regulado en el CC.

En qué consiste, cuáles son sus virtudes y cuáles sus defectos desde el punto de vista que aquí interesa y que no se deben perder de vista. La renta vitalicia es un contrato que permite garantizar de forma inmediata el sustento en supuestos de incapacidad, (ventaja), pero con el inconveniente, a mi juicio grave, de dejar al azar la atención de la persona en cuanto a la materialización de ese cuidado, porque se asegura el ingreso periódico de una renta que potencialmente permite afrontar la atención integral de la persona, pero no se garantizan los concretos medios a través de los cuales instrumentar esa protección.

Por lo general la renta vitalicia proporcionaría el sustento hasta el momento de la muerte de la persona, si es su vida la contemplada, siendo una fórmula muy habitual la disposición de la nuda propiedad de la vivienda, con reserva del usufructo, con la obligación de pagar al transmitente una renta o pensión durante toda su vida.

Desde el punto de vista de la autoprotección, la renta vitalicia que se propone es la que tiene su origen en un contrato oneroso así pues se descarta en este contexto su constitu-

31 En este sentido CAMPO GÜERRI, M-A., «La autoprotección del discapacitado ...» cit., pág. 20

ción a título gratuito (art. 1807 CC). En este sentido el art. 1802 CC establece que «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». A lo que el art. 1803 CC añade que «puede constituirse la renta 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 distintas».

En principio son muy variadas las posibilidades que ofrece este contrato no sólo formalmente (reglas generales de los arts. 1279 y 1280 CC) sino también desde el punto de vista subjetivo y objetivo. Desde el primero, el subjetivo sólo se infiere la necesidad de que se trate de personas físicas, que estén vivas (art. 1804 CC), y perfectamente identificadas, a poder ser por nombre y apellidos. Teniendo en cuenta el carácter aleatorio del contrato cuyas consecuencias pueden ser extremadamente gravosas para alguna de las partes se exige la plena capacidad para obligarse de los dos sujetos principales, el constituyente de la renta y el deudor de la misma. La capacidad se limita a esos dos sujetos por cuanto subjetivamente nos encontramos que pueden ser cuatro diferentes los implicados en la relación. Es posible que el constituyente no sea el beneficiario de la renta o pensión, y que la vida contemplada para determinar la duración del contrato sea la de una persona distinta de la del constituyente, del beneficiario, y del deudor, o incluso podría ser la del propio deudor. Ahora bien si la celebración de este contrato responde a una finalidad de autoprotección lo normal será que nos encontremos simplemente con dos sujetos. Es decir, que el constituyente de la renta sea el beneficiario y, por lo tanto, el acreedor y que la vida que se contemple sea la propia. Porque si se atiende a la vida de una persona más joven, que sería en principio lo más lógico puede que ésta fallezca antes que el beneficiario pero además en el caso de no ser así, desde la perspectiva de tratar de subvenir una futura situación de incapacidad nada le reporta al eventual incapaz el hecho de que la persona tomada en consideración fallezca más tarde que él. Es más esta última posibilidad puede ser un elemento disuasorio del futuro obligado a la hora de hacer sus propios cálculos ya que podría alargar la obligación más tiempo del que sería necesario, más allá de la muerte del beneficiario. Si la vida contemplada es la del deudor, posibilidad no excluida por el tenor literal del CC y factible al amparo del art. 1255 CC, tampoco resulta útil a los fines propuestos porque, desde el punto de vista del deudor, nuevamente puede alargarse la obligación más tiempo de lo que sería necesario. Ni siquiera desde el punto de vista del beneficiario acreedor-constituyente porque si el deudor fallece antes se extinguiría el contrato independientemente de la situación de incapacidad o incapacitación a la que con él se pretendía hacer frente. En

consecuencia parece que lo más aconsejable para la finalidad pretendida es tomar como módulo para la determinación de su duración la vida del beneficiario que, desde la óptica de la autoprotección, coincidirá con la del constituyente de la renta.

En cuanto al objeto es también muy amplio el margen de libertad tanto por lo que se refiere al capital como a la renta o pensión. El capital puede abarcar tanto bienes muebles como inmuebles así como bienes incorpóreos, derechos, incluso derechos limitados como ocurre en la hipótesis de transmisión de la nuda propiedad con reserva de usufructo especialmente indicado como técnica de autoprotección. La renta o pensión periódica consistirá generalmente en dinero pero, en principio, no se excluye la posibilidad de que se pacte el que recaiga sobre otros bienes fungibles, en el caso de que sea dinero es recomendable acudir a cláusulas de estabilización, las cuales no desdican el carácter aleatorio, toda vez que la aleatoriedad reside en el riesgo de la mayor o menor ganancia en función de lo que dure la vida tomada en consideración, pero no en la devaluación monetaria. En principio, se concibe como anual pero nada obsta a que se establezcan plazos más pequeños como por ejemplo mensuales, que será lo más habitual a los fines propuestos. Por lo que respecta a la cuantía de la renta las partes tienen libertad para fijarla pero en el supuesto de autoprotección la cuantía ha de resultar suficiente y bastante para cubrir las necesidades presentes y sobre todo futuras, con lo que es difícil en el contexto en el que nos movemos que la renta vitalicia encierre una donación del capital a favor del deudor de la renta, lo normal será aceptar y considerar que la cuantía de la pensión sea superior al interés normal del dinero que corresponda al capital transmitido.

Por lo que se refiere a las garantías de las que puede rodear el constituyente el cumplimiento del contrato o, lo que es lo mismo, el pago periódico de la renta o pensión el art. 1805 CC establece que «la falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza al perceptor de la renta vitalicia a exigir el reembolso del capital ni a volver a entrar en posesión del predio enajenado; sólo tendrá derecho a reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras», esta previsión legal no es extraña porque es lógico que el legislador pretenda apurar al máximo la permanencia de la relación dimanante del mismo aunque como puso de relieve BELTRAN DE HEREDIA a la hora de materializar ese interés no supo plasmarlo con demasiado acierto pues las garantías que concede el Código para la defensa del derecho del acreedor son pocas y débiles. En principio el tenor literal del art. 1805 CC cierra la puerta a la resolución del contrato prevista en el art. 1124 CC. No obstante, se ha planteado por la doctrina la posibilidad de introducir la resolución paccionadamente a lo que la mayoría responde de manera afirmativa. Admitida esa posibilidad resulta, sin embargo, poco fructífera a

efectos de autoprotección porque en realidad desde la perspectiva de una futura incapacidad es dudoso que la persona esté en condiciones de hacerla valer por sí consiguientemente en principio de facto es como si no se hubiera puesto. Diferente es el supuesto de que se produzca la incapacitación en cuyo caso sí tendría sentido porque el representante legal sí podría intentar resolver el contrato, pero digamos que de la incapacitación es de lo que muchas veces pretende huir la persona por la desconfianza de verse sometido a un régimen jurídico en el que el juego de su voluntad es todavía escaso, a pesar de ser expresada en momentos de completa capacidad volitiva e intelectual.

Lo mismo podría decirse del vitalicio de la Ley de Derecho Civil de Galicia y del nuevo contrato de alimentos del Código Civil (arts. 1791 CC y ss.). Aunque quizá teniendo vecindad civil gallega yo me inclinaría por un vitalicio pues en principio y en abstracto permite subvenir una situación de futura incapacidad, tanto desde el punto de vista personal, pues la prestación puede ser muy amplia y consistir en la asistencia y proporción de todo tipo de cuidados y necesidades vitales incluido el afecto, como desde el punto de vista patrimonial. Al tiempo que no precluye el que se inserte, a mayores, como contenido una contraprestación consistente en una cantidad periódica de dinero³². Se afirma una mayor aleatoriedad del vitalicio frente a la renta vitalicia teniendo en cuenta lo variable que puede resultar la cuantía de la prestación debida, algo especialmente evidente en los supuestos de autoprotección. Sin embargo, el «alea» existe en ambos y además en ambos puede limitarse si como se expuso en relación al contrato de renta vitalicia podía acudir a cláusulas de estabilización, en el vitalicio no parece haber obstáculo para que las partes estipulen un tope al valor de la prestación a la que se encuentra obligado el deudor. Con todo sí podría hablarse en el vitalicio y en el contrato de alimentos de una doble aleatoriedad porque en ella influyen no sólo la longevidad del alimentista sino el contenido de la prestación de alimentos que aún cuando se fije de forma exhaustiva en el contrato es variable, depende de las necesidades de la persona, las cuales están en función de su edad y de su estado de salud. De todas formas, el que fuese más aleatorio no tiene mayor trascendencia en lo referente a la eficacia y régimen jurídico del contrato.

Es un contrato oneroso, “no se trata de todas formas de un rasgo aceptado pacíficamente por la doctrina”, precisamente esta característica impide que prospere su impugnación

32 Un estudio exhaustivo del contrato de vitalicio se encuentra en PEON RAMA, V.J., ROVIRA SUEIRO, M^ºE., “El contrato de vitalicio de la LDCG como solución asistencial privada para las personas mayores”, en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 10, 2006, págs. 833 y ss.

alegando un perjuicio de la legítima de los herederos del constituyente, sin perjuicio de que existen autores partidarios de su admisión de contrato gratuito por considerar que la causa de la cesión de bienes es independiente no altera la estructura del tipo contractual. En un orden de cosas similar no resulta extravagante plantearse la posibilidad de que se produzca una desproporción patente entre la prestación del cedente y la contraprestación del cesionario. En tales casos habrá que distinguir: a) si la desproporción ha sido buscada por la voluntad de las partes, en cuyo caso el contrato debe calificarse de donación onerosa pues resulta insoslayable el *animus donandi*; b) si la desproporción resulta de las vicisitudes del contrato habrá que cumplirlo sin que pueda admitirse la alegación de imposibilidad de cumplimiento por excesiva onerosidad pues ésta constituye una manifestación de la aleatoriedad del contrato, es la materialización del riesgo que se asumió.

Por último, una opción a mi juicio muy interesante no sólo en sí misma considerada sino por su carácter, en principio, compatible o complementario de cualesquiera otras sería el apoderamiento preventivo. Para mí es, sin duda, una de las opciones más acertadas. Con el apoderamiento preventivo se consigue legitimar a un tercero capaz para actuar en nuestro lugar, inconveniente su actuación nunca se podrá extender a actos personalísimos, ventaja, a mi juicio, muy destacable logra anticipar la existencia de una persona facultada para actuar en la esfera jurídica del presunto incapaz, con dos caracteres que lo hacen especialmente útil. En primer lugar, es una persona elegida y facultada por el sujeto interesado, una persona de su confianza, “nota común con la autodelación de la tutela y que permite intuir el carácter complementario y sucesivo de ambas instituciones”. En segundo lugar, puede actuar de una forma inmediata desde el momento en que se produce una situación de incapacidad natural, sin necesidad de aguardar a que se culmine el, a veces prolongado, y casi siempre triste proceso de incapacitación.

Esta alternativa además resulta mucho más segura jurídicamente por cuanto está prevista expresamente con la nueva redacción del art. 1732 CC dada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, la cual además de suprimir la incapacitación como causa general de extinción, establece que «el mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor». Si las circunstancias que dieron lugar a la elección del apoderado se mantienen no deberá extinguirse el poder al menos será muy difícil al juez motivar una decisión en tal sentido.