



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LAS NUEVAS NECESIDADES DE  
PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS DE  
AVANZADA EDAD. UNA  
APORTACIÓN DESDE EL DERECHO  
CIVIL.**

Autor: Manuel Ángel Martínez Alcántara

5º E-3 B

DERECHO CIVIL

TUTOR: Alberto Serrano Molina

Madrid  
Abril 2021



ÍNDICE	
RESUMEN .....	5
PALABRAS CLAVE:.....	5
ABSTRACT .....	6
KEY WORDS: .....	6
ABREVIATURAS.....	8
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO. ....	8
CAPÍTULO II. LA CAPACIDAD JURÍDICA Y LA CAPACIDAD DE OBRAR: EVOLUCIÓN DE LA VISIÓN SOBRE LA CAPACIDAD DE OBRAR.....	10
2.1 CONCEPTO. ....	10
2.1.1 <i>Enfoque tradicional.</i> ....	11
2.1.2 <i>Enfoque moderno.</i> .....	15
CAPÍTULO III. AUTOLIMITACIONES A LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN.....	18
3.1 EL APODERAMIENTO PREVENTIVO .....	18
3.1.1 <i>Concepto.</i> .....	18
3.1.2 <i>Contenido mínimo.</i> .....	21
3.1.3 <i>Entrada en vigor.</i> .....	23
3.1.4 <i>Facultades delegables.</i> .....	25
3.1.5 <i>Controles.</i> .....	26
3.1.6 <i>Extinción del apoderamiento preventivo.</i> .....	29
3.2 MENCIÓN AL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA. ....	30
3.3 CONFLICTOS INTERREGIONALES DE NORMATIVA APLICABLE.....	31
CAPÍTULO IV. INSTITUCIONES DE AYUDA ECONÓMICA. ....	33
4.1 INSTITUCIONES REALES.....	33
4.1.2 <i>El derecho real de censo reservativo.</i> .....	33
4.2.2 <i>La Hipoteca Inversa.</i> .....	36
4.2 INSTITUCIONES PERSONALES.....	39
4.2.1 <i>El contrato de Renta Vitalicia.</i> .....	39
4.2.2 <i>El Contrato de Alimentos.</i> .....	40
V. CONCLUSIONES .....	43
BIBLIOGRAFÍA.....	45
LEGISLACIÓN .....	45
JURISPRUDENCIA .....	46
OBRAS DOCTRINALES.....	46
RECURSOS DE INTERNET .....	47



## **RESUMEN**

Los cambios sociales debidos a la mejora en el cuidado de la salud y el aumento de la esperanza de vida, han provocado que la situación de los ancianos haya variado en los últimos tiempos respecto a la anterior. Además, la nueva configuración de la estructura familiar, pasando de un grupo amplio a una familia nuclear, conlleva que los mayores se vean necesitados de nuevos sistemas de protección.

La sociedad y, consiguientemente, el Derecho han de buscar nuevas formas de cuidado del anciano. Tradicionalmente, dicho cuidado recaía en sus parientes más cercanos, pero ello es cada vez menos frecuente, por lo que el interés pasa a centrarse en las posibilidades de autoprotección, tanto personal como económica, de una parte, y en las responsabilidades que ha de asumir el conjunto de la sociedad, por otra.

Atendiendo al ordenamiento jurídico actual, podemos ver que existen dos conjuntos de herramientas para asistir al mayor necesitado de protección. Por un lado, las destinadas a proveer de ayuda económico-patrimonial, como el contrato de renta vitalicia o la hipoteca inversa. Por otro lado, las que van más allá y pretenden también extender esta protección al ámbito personal, como el apoderamiento preventivo, que permite hacer previsiones encaminadas a la protección tanto en el ámbito patrimonial como en el personal.

Sin embargo, y aunque pueda parecer que con estas instituciones el anciano goza de un amplio abanico de medidas protectoras, es lo cierto que aún quedan múltiples facetas que desarrollar y avances por llevar a término. A pesar de la valoración positiva que debe darse a la normativa implementada por el legislador a partir del año 2003, ha de continuar mejorándose la regulación de los instrumentos existentes, así como elaborar medidas de protección específicas para los ancianos. Todos estos instrumentos deben incorporar no solo recursos públicos sino también privados, para asegurar que el sistema permita una protección lo más amplia posible.

**PALABRAS CLAVE:** protección ancianos, incapacidad, apoderamiento preventivo, hipoteca inversa.

## **ABSTRACT**

Social changes, due to improved health care and increased life expectancy, have meant that the situation of the elderly has changed in recent times. In addition, the new configuration of the family structure, moving from a large group to a nuclear family, means that the elderly are in need of new systems of protection.

Society and, consequently, the law must seek new forms of care for the elderly. Traditionally, such care was provided by the closest relatives, but this is becoming less and less frequent, so the focus is now on the possibilities of self-protection, on the one hand, and on the responsibilities to be assumed by society as a whole, on the other.

Looking at the current legal system, we can see that there are two sets of tools to assist the elderly in need of protection. On the one hand, those aimed at providing economic and patrimonial assistance, such as the life annuity contract or the reverse mortgage. On the other hand, those that go further and also seek to extend this protection to the personal sphere, such as the preventive power of attorney, which makes it possible to make provisions for protection in the patrimonial and personal spheres.

However, and although it may seem that with these institutions the elderly enjoy a wide range of protective measures, it is true that there are still many facets to be developed and advances to be made. In spite of the positive evaluation that should be given to the regulation implemented by the legislator since 2003, the regulation of the existing instruments must continue to be improved, as well as the elaboration of specific protective measures for the elderly. All these instruments should incorporate not only public but also private resources to ensure that the system provides the broadest possible protection.

**KEY WORDS:** protection of the elderly, incapacity, preventive power of attorney, reverse mortgage.



## **ABREVIATURAS**

CC: Código Civil

CCCat: Código Civil de Cataluña

TS: Tribunal Supremo

DGRN: Dirección General de Registros y Notariado.

EHA: Ministerio de Economía y Hacienda

## **CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.**

Desde el inicio del desarrollo del Derecho como una herramienta destinada a regular la sociedad, y a lo largo de la historia, se ha prestado especial atención a la protección de aquellos sujetos que, ya sea por sus condiciones sociales, físicas o psicológicas, ya por sus insuficiencias patrimoniales, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad.

Históricamente este colectivo de sujetos se integraba por los menores y aquellas personas que tienen algún tipo de deficiencia psíquica que menoscaba su capacidad, los conocidos como incapaces. A causa de esto, el Derecho ha ido desarrollando diversas instituciones que pretenden suplir esta falta de capacidad que hace más vulnerables a estos dos grupos, con el fin último de velar por sus derechos y libertades.

En la actualidad, el panorama social es distinto al que históricamente ha caracterizado a nuestra sociedad. Se han producido una serie de avances que han permitido mejorar la calidad y la aumentar la duración de la vida de los ciudadanos, y ello ha provocado un cambio en la estructura de la sociedad, caracterizado por un envejecimiento de la población, al incrementarse notablemente la esperanza de vida.

Esta evolución de la pirámide poblacional se debe en parte a las recientes mejoras en el campo de la medicina y la sanidad. Gracias a las mismas, la esperanza de vida se ha prolongado notablemente en nuestro país, pasando de los 73 años para hombres y los 80 para mujeres en 1991 a los 81 y 86 de 2019 (Instituto Nacional de Estadística, 2020). Esto ha significado que el número de personas mayores en España ha aumentado paulatinamente en los últimos años.

Además, el modelo familiar ha vivido un cambio notable, ya que, a diferencia del tradicional, las familias ahora cuentan con menos descendientes y los cónyuges, en la

mayoría de los casos, se integran plenamente en el mercado laboral, por lo que ya es menos frecuente que uno de ellos se dedique exclusivamente a las tareas domésticas.

A causa de esto, nos encontramos que hay un gran grupo de personas de edad avanzada que puede tener necesidades de cuidados especiales, derivadas de su situación psíquica o física. Tradicionalmente, estas personas quedaban a cargo del entorno familiar, cuyos miembros, ordinariamente las mujeres, eran los encargados de asistirles y de satisfacer sus necesidades. Ello resulta cada vez más complicado, ya que las familias cuentan con menos hijos y éstos están normalmente trabajando.

Todas estas dificultades de este colectivo se han visto acentuadas recientemente por la pandemia ocasionada por el COVID-19. Desgraciadamente hemos podido apreciar como el colectivo formado por los ancianos se ha visto desatendido y duramente golpeado por la crisis sanitaria y la crisis económica derivada de ella.

Por ello, a causa de las citadas necesidades especiales de cuidado y de la creciente dificultad para verlas satisfechas exclusivamente con cargo al círculo familiar, este colectivo de personas se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad, a diferencia de lo que ocurría tradicionalmente. Además, hay que tener en cuenta que la falta de independencia económica y funcional puede provocar que los ancianos, aun siendo capaces, vean menoscabada o altamente condicionada la libre formación de su voluntad.

Para atender debidamente a estas situaciones de dependencia, el Derecho debe asumir un nuevo reto, cual es el de afrontar y analizar las situaciones en las que las personas ancianas ven menoscabados sus derechos, y debe articular soluciones efectivas para, por un lado, coadyuvar a la debida formación y expresión de su libre voluntad, complementar o suplir, en su caso, las carencias de capacidad y protegerlas frente a situaciones en las que alguien se valga de su situación de vulnerabilidad para menoscabar su patrimonio en busca de un beneficio propio, lesionando los derechos del más débil.

Pero, ¿cuál es exactamente el tipo de situación de vulnerabilidad que se pretende abordar en el presente trabajo?

Este estudio va a atender fundamentalmente a las necesidades de protección de aquellos ancianos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, aunque no formen parte de los tradicionalmente considerados “incapaces” o “incapacitables” por causa de una enfermedad o deficiencia física. Podría pensarse que este tipo de persona configura una categoría anecdótica, que son pocos los casos en la práctica y que no requieren especial

atención, pero si atendemos con detenimiento a la realidad social, podemos constatar que son situaciones habituales.

Un ejemplo puede ser el de un anciano que tiene una condición física afectada por alguna dolencia que requiere cuidados constantes, pero no cuenta con los recursos necesarios para costearlos él mismo. En este supuesto, un tercero que conozca su situación, como un familiar o conocido, puede tomar ventaja de la misma y coaccionar al mayor para que realice atribuciones patrimoniales a su favor a cambio de los cuidados.

Otro ejemplo puede ser el de un anciano que presente un grado muy leve de alguna enfermedad mental, como el alzhéimer o una demencia senil, y que pese a poder vivir por sí sólo, es fácilmente manipulable. Conociendo estas circunstancias, un familiar o conocido del mayor podría aprovecharse de este para que le transmita gratuitamente determinados bienes.

Como podemos observar, se trata de personas que técnicamente no podrían ser incapacitadas, al no cumplirse los requisitos para ello, pero que pueden ser fácilmente manipuladas. Ante la creciente necesidad de protección de este tipo de individuos, en el presente trabajo se van a analizar las herramientas que el ordenamiento pone a disposición de la sociedad para velar por estos mayores necesitados de una especial protección.

## **CAPÍTULO II. LA CAPACIDAD JURÍDICA Y LA CAPACIDAD DE OBRAR: EVOLUCIÓN DE LA VISIÓN SOBRE LA CAPACIDAD DE OBRAR.**

De forma previa a la exposición y análisis de las diferentes instituciones que pueden emplearse para ayudar a los mayores necesitados de especial protección, debemos hacer un breve repaso de los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, así como de su evolución a lo largo del tiempo.

### **2.1 Concepto.**

Es obligado iniciar la exposición haciendo mención a la capacidad jurídica, ya que es el concepto básico alrededor del cual se desarrolla la teoría del ejercicio de los derechos. Se puede definir como *“la aptitud para ser titular de derechos subjetivos y de deberes jurídicos; corresponde a todo ser humano; el ordenamiento jurídico no da capacidad al ser humano, sino que se la reconoce”* (O’Callaghan Muñoz, 2000, p.46). Es característico de la capacidad jurídica que *“es una cualidad esencial de la persona. Está unida a la persona mientras existe”* (De Castro y Bravo, 2008, p.45).

De lo anterior se puede extraer una de las principales características de la capacidad jurídica, cual es el hecho de que no se atribuye a la persona, porque es intrínseca a la misma: se tiene, nadie la concede; consecuentemente todo ser humano cuenta con capacidad jurídica por el mero hecho de serlo. Por ello “*no se puede considerar separada de la persona como un derecho subjetivo, ya que no es un poder concreto, sino la aptitud general para ser sujeto de derechos y facultades.*” (De Castro y Bravo, 2008, p.46).

Sin embargo, el ordenamiento jurídico introduce un nuevo concepto para modular no la titularidad, pero sí la aptitud para ejercer dichos derechos y deberes. Es la capacidad de obrar, que es “*la aptitud para el ejercicio de los derechos subjetivos y deberes jurídicos*” (O’Callaghan Muñoz, 2000, p.46). A diferencia de la capacidad jurídica, no todas las personas tienen capacidad de obrar en la misma medida, ya que ésta va a depender de las circunstancias personales del sujeto. Así es, porque “*depende del estado civil y, por tanto, es cambiante*” (De Castro y Bravo, 2008, p.50). Es importante destacar que para evitar caer en situaciones de arbitrariedad y por razones de seguridad jurídica el legislador ha intentado objetivar los hechos empleados para determinar la capacidad de obrar de las personas.

En función de los criterios y de la orientación que se ha dado a la capacidad de obrar a lo largo del tiempo podemos distinguir, en mi opinión, dos grandes posiciones o bloques doctrinales. Por un lado, un primer bloque, que podríamos denominar el enfoque tradicional, mantenido por la doctrina y jurisprudencia civilista clásica. Por otro lado, un segundo bloque que podríamos definir como contemporáneo o moderno, que es por el que apuesta la doctrina civil más reciente. Con relación a este segundo enfoque es importante destacar el impacto de la *Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

### *2.1.1 Enfoque tradicional.*

Esta línea de pensamiento parte de la doctrina civil tradicional y se caracteriza por entender que ante una situación de carencia en la capacidad de obrar, ha de optarse por una sustitución de la voluntad del incapaz y el nombramiento de una figura que le represente, con independencia de su voluntad, como es el tutor.

Partiendo de la definición de capacidad de obrar del apartado precedente, en función de las circunstancias del sujeto, la capacidad de obrar se puede graduar en cuatro categorías.

Estas son “*la capacidad plena, la incapacidad, la llamada capacidad restringida y finalmente la capacidad especial*” (O’Callaghan Muñoz, 2000, p.47).

La primera, es a la que se hace referencia en el artículo 322CC, que expresa lo siguiente: “*El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.*” Por tanto, y a tenor de lo establecido en este artículo, podemos afirmar que esta es la capacidad que correspondería “a priori” a toda persona adulta y mayor de edad. Además, como bien queda indicado en el artículo, el sujeto se encontraría facultado para llevar a cabo cualquier acto de la vida civil, con la salvedad de las excepciones pertinentes.

La incapacidad por su parte, sería la que corresponde al menor de edad. Esto se debe a que el menor “*carece de la aptitud para ejercer sus derechos y cumplir sus deberes; él no actúa en el mundo jurídico, sino otra persona que es su representante legal*” (O’Callaghan Muñoz, 2000, p.47). A causa de la falta de madurez del menor, su voluntad se ve sustituida por la de su representante legal, sus padres o tutores, que actúan en nombre de éste, sin estar vinculados por su voluntad. Ahora bien, aunque es cierto que, con carácter general, son los representantes los que actúan en nombre del menor, el ordenamiento le reconoce capacidad para llevar a cabo ciertos actos. Un ejemplo de este reconocimiento aparece en el artículo 162CC, que en su punto 1º establece que queda exceptuado del ámbito de la patria potestad “*1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez pueda ejercitar por sí mismo*”.

La capacidad restringida podría ser definida como un grado más avanzado en el que a causa de determinadas circunstancias que merman la formulación de la voluntad del sujeto, la capacidad de obrar debe verse modificada. En esta capacidad restringida, “*la persona con esta capacidad actúa por sí mismo en el mundo jurídico, pero precisa de un complemento de la capacidad para la validez de ciertos actos jurídicos*” (O’Callaghan Muñoz, 2000, p.47). En esta situación, la persona puede actuar libremente; pero para determinados actos necesitará la autorización o complemento de capacidad de un tercero, que puede ser el curador. Un ejemplo que el ordenamiento nos proporciona de este tipo de capacidad aparece recogido en el artículo 323CC en el que se establece que el menor emancipado no podrá realizar determinados actos, como tomar dinero a préstamo, sin el consentimiento de sus padres o curador. Otro ejemplo, es el recogido en el artículo 289CC que establece que “*la curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido*”.

Finalmente encontramos el grado especial de la capacidad de obrar. Este es *“el que corresponde a la persona que ha sido constituida en estado civil de incapacitado”* (O’Callaghan Muñoz, 2000, p.47). Por tanto, esta es la situación del declarado incapaz. En este punto debemos esclarecer, con precisión, quién es el incapacitado, para distinguirlo del que es de hecho incapaz, pero no ha visto judicialmente afectada su capacidad de obrar. Podríamos decir que es la persona frente a la que se ha seguido un procedimiento de incapacitación, siendo ésta *“la privación de capacidad de obrar a una persona física, en principio capaz, por sentencia, por causas fijadas en la ley”* (O’Callaghan Muñoz, 2000, p.48). Esto es, el incapacitado es aquella persona que en un principio tenía capacidad de obrar, pero frente al que, a causa de una situación determinada, se ha instado un procedimiento judicial para modificar su capacidad. Incluso se ha considerado que *“los incapaces no son personas, con plenitud jurídica, sino personas compuestas, complementadas, mediante el representante legal (padre, tutor, etc.), siendo esta complementación lo que les permite ser consideradas por el Derecho como personas”* (De Castro y Bravo, 2008, p. 42).

Pero, ¿cuáles son las causas que motivan el procedimiento de incapacitación? Para responder a esta pregunta debemos atender al artículo 200 del Código Civil. Este establece que: *“Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”*. Por tanto, no bastará con que la causa que impide a la persona regir su propia voluntad sea transitoria o meramente accidental, sino que ha de tener cierta persistencia temporal. De este precepto podemos desgranar dos requisitos de la causa que motive la incapacitación, el impacto que la enfermedad o deficiencia genera sobre la persona y la persistente duración temporal de éste.

En cuanto al efecto que la dolencia debe tener sobre la persona, se puede observar que el legislador ha establecido únicamente el efecto que esta debe tener, independientemente de la misma. No se ha realizado ninguna enumeración de las potenciales enfermedades o deficiencias que pueden ser constitutivas de la incapacitación, por lo que en principio todo tipo de afección psíquica o incluso física puede ser la fuente de este procedimiento. En cambio, si encontramos requisitos en lo relativo al alcance de la dolencia. Esta debe tener un impacto tal que impida que la persona pueda gobernarse por sí misma, es decir que *“no pueda gobernarse, en el sentido de no poder actuar por sí mismo en el mundo jurídico”* (O’Callaghan Muñoz, 2000, p.49). En lo respectivo al ámbito temporal, esta

situación que afecta a la persona debe ser persistente en el tiempo, es decir, no debe ser una situación pasajera o meramente accidental.

Para poder ilustrar con claridad estos requisitos podemos pensar en el supuesto de una persona que se encuentra bajo los efectos del alcohol. Una persona ebria no se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales, por lo que es lógico que no cuenta con capacidad para perfeccionar negocios jurídicos en ese momento. Sin embargo, cuando cesen los efectos del alcohol sí que tendrá pleno uso de sus facultades y podrá actuar por sí mismo en el mundo jurídico.

En cambio, una persona afectada por una enfermedad mental severa, como un caso de autismo agudo o de un grado avanzado de alzhéimer, difícilmente podrá recobrar en algún momento la facultad de gobernarse a sí mismo. Por ello este sujeto deberá ver su capacidad de obrar modificada.

Para terminar este apartado debemos hacer mención al procedimiento de incapacitación. Este es un procedimiento judicial que tiene por objeto modificar la capacidad de una persona, que, a causa de sus circunstancias, no está en pleno uso de sus facultades. En este procedimiento los legitimados presentan una demanda ante el juez en la que se solicita la modificación de capacidad del sujeto pasivo, del presunto incapaz. Posteriormente, durante el procedimiento se precisa que el juez *“examine al demandado como presunto incapacitado, oiga a sus parientes más próximos y practique una prueba pericial médica”* (O’Callaghan Muñoz, 2000, p.50). Adicionalmente, para asegurar que se protejan los derechos e intereses del presunto incapaz el Ministerio Fiscal es el organismo encargado de la defensa del sujeto pasivo durante el procedimiento, a no ser que éste comparezca con su propia defensa y representación.

A lo largo de este procedimiento el tribunal, tal y como indica el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de diciembre de 2020, *“La valoración de todas las pruebas previstas legalmente debe dirigirse a conocer muy bien la situación de la concreta persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinadas actuaciones. En definitiva, la prueba obrante en autos es determinante como parámetro que debe tenerse en cuenta para adoptar los pronunciamientos sobre las medidas precisas.”*

Este procedimiento tiene como resultado la sentencia de incapacitación. Mediante esta sentencia, se *“priva de la capacidad de obrar, total o parcialmente, a la persona respecto de la que se ha probado en el proceso que se halla en alguna de las causas que contempla el artículo 200 del Código Civil”* (O’Callaghan Muñoz, 2000, p.51). En esta sentencia, el juez debe determinar la extensión y los límites de la incapacitación y el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado.

### *2.1.2 Enfoque moderno.*

En este enfoque se parte de un mayor respeto a la posibilidad de tomar decisiones por sí mismo por parte de las personas que presentan algún tipo de minusvalía o discapacidad, buscando el máximo respeto de su autonomía personal.

Uno de los principales textos legales que sirve como punto de partida de esta nueva concepción es la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad. En ella se establecen los derechos que se deberán reconocer a los discapacitados en los ordenamientos jurídicos de los estados firmantes; y en el caso de nuestro país, entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

De entre el articulado de la Convención, y a efectos de la materia objeto de estudio, destaca el artículo 12, que trata sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley de los discapacitados. Concretamente sus puntos tercero y cuarto que establecen lo siguiente:

*“3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.”*

*“4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.”*

Ambos artículos establecen multitud de dictados, pero entre ellos tiene especial importancia el establecimiento del “*respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona*”, así como el control jurisdiccional de las medidas que afectan al discapacitado. Adicionalmente, se establece la necesidad de que el Estado provea de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona, para que pueda ejercerla por sí, en vez de ser sustituido por un tercero, como preconizaba la tesis clásica.

Por tanto, a la luz de estos preceptos, podemos ver que se propone un nuevo enfoque sobre la concepción de la persona con discapacidad. En este “*ya no estamos ante un incapaz, sino ante una persona que necesita un apoyo para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones*” (Valls Xufré, 2019, p.16). Ello obliga a que la actual concepción del sistema de incapacitación debe ser profundamente revisada o incluso abolida, ya que se cambia el paradigma. Se ha de pasar de la consideración de la persona discapacitada como incapaz, cuya capacidad de obrar está limitada al no poder gobernarse por sí mismo, a su concepción como una persona con plena capacidad de obrar, pero necesitada de una serie de apoyos para poder ejercerla adecuadamente. Por ello, “*no hay incapaces, hay personas que necesitan un apoyo*” (Valls Xufré, 2019, p.17). Siguiendo esta nueva concepción podemos ver que la distinción tradicional entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar se difumina, ya que se reconoce a todas las personas la aptitud para ser sujetos de derechos y obligaciones y para ejercerlos por sí. La única diferencia que unas personas podrán ejercerla por sí solas sin ningún tipo de asistencia, mientras que otras requerirán un apoyo o asistencia para poder ejercitarla plenamente. Para esta nueva concepción, el concepto de capacidad de obrar debería desaparecer, y únicamente se ha de emplear el concepto de capacidad jurídica, que es la inherente al ser humano.

Con todo ello, podemos concluir que esta convención hace que se pase de “*un modelo de sustitución en la toma de decisiones a un modelo de apoyo para tomar las propias decisiones*” (Valls Xufré, 2019, p.17).

El recientísimo reflejo en nuestro ordenamiento jurídico interno, del avance que supone la nueva concepción con respecto a los discapacitados es el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En este proyecto el legislador ha intentado recoger las principales exigencias y cambios que propugna la Convención de Nueva York en lo referente a los derechos de los discapacitados.

Adoptando las recomendaciones de la Convención, se opta por la supresión de la incapacitación y su sustitución por procedimientos de provisión de apoyos. Además, se avanza en la regulación de medidas preventivas, como el apoderamiento preventivo o la autocuratela, pero el procedimiento que cobra la mayor importancia es la curatela sin incapacitación previa que *“se convierte en la figura central, concebida como apoyo o acompañamiento y en casos excepcionales como sustitución”* (Valls Xufré, 2019, p.18). Esto supone, a priori, el establecimiento de un nuevo sistema, completamente diferente al hasta hoy existente, que busca asistir al discapacitado y no sustituir su voluntad.

Apoyando estos nuevos cambios, no solo legales sino también de concepción sobre la incapacitación podemos encontrar diversos ejemplos en la práctica de nuestros tribunales. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia 19 de julio de 2012 estableció que *“en este sentido es de destacar que la conveniencia o incluso la necesidad de proteger y amparar a la persona afecta de un mayor o menor grado de discapacidad o minusvalía física no debe limitar o suspender el respeto a la libertad individual y al derecho a decidir sobre la propia vida”*. Continuando con esta postura y respetando la voluntad del presunto incapaz, el tribunal destaca la necesidad de ayuda, pero, destaca que el afectado *“mantiene incólume su dignidad, entereza y optimismo y por ello manifestó de forma inequívoca al tribunal su deseo de no ser declarado incapaz, aún admitiendo que quiere ser asistido y que precisa de compañía. No siendo posible garantizarla en el ámbito familiar, habrá de ponerse en marcha el mecanismo de la asistencia social con la finalidad de garantizarle unos cuidados adecuados, en el bien entendido que conserva la lucidez suficiente para asumir su situación y tomar sus propias decisiones.”*

Ahora bien, si atendemos a la regulación de la curatela en el proyecto, podemos observar que es muy similar a la de la actual tutela. Uno de los principales elementos que resaltan esta similitud es la falta de desjudicialización del ejercicio de la curatela. Un ejemplo es el artículo 287 del proyecto, que sigue imponiendo en todo caso la autorización judicial para llevar a cabo multitud de actos, tales como la enajenación de bienes inmuebles. Es por ello que se podría llegar a afirmar que la curatela se encuentra *“absolutamente judicializada, hasta tal punto que puede afirmarse que convierte la tutela actual en la curatela del futuro”* (Valls Xufré, 2019, p.18).

Centrándonos en nuestro tema, en lo que respecta al anciano, podemos apreciar como el paradigma debe alejarse de la sustitución de la voluntad del mismo y orientarse hacia la asistencia y la provisión de apoyos para complementar su ejercicio de la capacidad

jurídica. Por tanto, y reflejando lo establecido por el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de junio de 2016, *“Para que funcionen los sistemas de protección se hace necesaria una valoración concreta y particularizada de cada persona, huyendo de formalismos y de soluciones meramente protocolarias en su planteamiento, resolución y ejecución. La discapacidad presenta numerosos matices y ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas (sentencia de 13 de mayo 2015).*

*Se trata de lo que esta Sala ha calificado de un traje o trajes a medida (sentencias 20 de abril 2009 ; 1 de julio 2014 ; 13 de mayo y 20 de octubre de 2015 ), que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones. ”*

## **CAPÍTULO III. AUTOLIMITACIONES A LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN**

### **3.1 El apoderamiento preventivo**

#### *3.1.1 Concepto*

El apoderamiento preventivo se introdujo en el Código Civil como consecuencia de la entrada en vigor de la ley 41/2003 de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad.

Antes de adentrarnos en el análisis del apoderamiento preventivo es relevante prestar atención a la finalidad que el legislador perseguía con la aprobación de esta ley. A causa del incremento de la esperanza de vida de las personas discapacitadas, gracias en gran medida a los múltiples avances médicos, estas en muchas ocasiones sobreviven a sus progenitores. Adicionalmente, y aunque no sea parte de la motivación del legislador, las personas mayores han prolongado su esperanza de vida, por lo que necesitan de un cuidado prolongado y adaptado a sus necesidades.

A efectos de este trabajo es interesante remarcar que, aunque el legislador no lo ha mencionado expresamente en la literalidad de la norma, los instrumentos prevenidos en la ley 41/2003 pueden ser fácilmente aplicados para proteger al mayor necesitado. Por ejemplo, un mayor puede emplear estos mecanismos para protegerse frente a una pérdida de capacidades derivada de una enfermedad mental o de su avanzada edad.

Es preocupación general de la sociedad y del legislador garantizar la suficiencia patrimonial del discapacitado, y por lo que en este trabajo nos ocupa, del mayor necesitado. Tradicionalmente, los instrumentos empleados para ello empleaban recursos estatales o familiares. Con la aprobación de esta norma el legislador pretende que *“la asistencia económica al discapacitado no se haga sólo con cargo al Estado o a la familia, sino con cargo al propio patrimonio que permita garantizar el futuro del minusválido en previsión de otras fuentes para los gastos que deben afrontarse.”*

Con esto podemos apreciar cómo la voluntad del legislador es incluir al incapaz, y por tanto también al anciano, cada vez en mayor medida en la gestión de su propio patrimonio. Siguiendo esta línea el legislador introduce determinados cambios en el Código Civil consistentes en *“habilitar a las personas capaces para adoptar las disposiciones que considere oportunas en previsión de su propia incapacitación”*. Para ello el legislador introduce determinadas previsiones legales, como la regulación del patrimonio protegido o del apoderamiento preventivo.

En lo relativo a este último, con la aprobación de dicha norma se modificó la redacción del artículo 1732CC, cuyo texto quedó de la siguiente manera:

*“Artículo 1732: El mandato se acaba:*

*1.º Por su revocación.*

*2.º Por renuncia o incapacitación del mandatario.*

*3.º Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario.*

*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.”*

Mediante la modificación introducida por la citada norma, se incluyó el párrafo final. Como podemos observar, la nueva redacción del precepto no supuso una regulación como tal del apoderamiento preventivo. Con la reforma, únicamente se reconoce la posibilidad

de que dicho apoderamiento exista; es decir, que un poder continúe surtiendo efectos a pesar de la incapacitación sobrevenida del mandante o que un poder comience a surtir efectos una vez se ha alcanzado la falta de capacidad.

Por tanto, podemos encontrar dos instituciones distintas en un mismo precepto. Por un lado, el poder con subsistencia que es *“el que se ha previsto la continuación para el caso de incapacitación”* (Nogales Sánchez, 2020, S.P). En segundo lugar, encontramos el poder preventivo puro, *“el poder que se ha dado, precisamente, para el caso de incapacidad del poderdante apreciada conforme a lo dispuesto por él mismo.”* (Nogales Sánchez, 2020, S.P).

Es importante incidir en la diferencia entre estos dos tipos de poderes. El apoderamiento preventivo puro es un poder condicionado a que el poderdante devenga incapaz, *“el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste”*. Es, por tanto, un poder cuyos efectos están sometidos a una condición suspensiva, que es la incapacidad del poderdante, constatada conforme a lo que él mismo haya dispuesto.

Por otro lado, el poder con subsistencia de efectos es un poder que el poderdante ha otorgado y que está surtiendo efectos, pero en el que se incluye una cláusula para evitar que el mandato se extinga por la declaración de incapacidad del poderdante. *“por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación”*. Por tanto, esta institución prorroga mediante una cláusula sus efectos más allá de la incapacitación del poderdante.

Por tanto, siguiendo a García Rubio, este tipo de poderes se podrían definir como *“el poder otorgado para que sea eficaz a partir de su otorgamiento, en el que además se incluye la previsión de que subsista si en el futuro el poderdante se ve necesitado de apoyo”* (García Rubio, 2018, p.37), para el apoderamiento con subsistencia de efectos y *“por otro, aquel que se otorga con la intención de que sea eficaz, precisamente, solo para este último caso”* (García Rubio, 2018, p.37), para el puro.

En este trabajo el estudio se va a centrar en el apoderamiento preventivo puro, ya que es un instrumento destinado específicamente a la situación de pérdida de capacidad del mayor necesitado de protección. A diferencia del poder con subsistencia de efectos, el apoderamiento preventivo, como se ha expuesto anteriormente, es una herramienta diseñada específicamente para el supuesto de pérdida de capacidad conforme a lo que el poderdante haya dispuesto.

### 3.1.2 Contenido mínimo

Si atendemos al contenido mínimo del apoderamiento preventivo, no encontramos una regulación legal expresa de éste. Esto se debe, por un lado, a la falta de desarrollo normativo, y por otro, al carácter del documento. En el poder preventivo se debe prestar una especial atención a las circunstancias concretas del poderdante y a las disposiciones que éste desee incluir para regular las facultades y los deberes del apoderado.

A pesar de esta ausencia de regulación, autores como Valls Xufre, han conseguido compilar una serie de elementos que deben estar presentes en todas las situaciones en las que se otorgue un apoderamiento preventivo.

Este contenido mínimo puede resumirse en los puntos siguientes: (Valls Xufre, 2020, p.34)

1. *Calificación como poder general o especial.*
2. *Comienzo de la vigencia del poder.*
3. *Condiciones de ejercicio. Instituciones*
4. *Supervisión*
5. *Rendición de cuentas. Derechos del apoderado.*
6. *Autocontratación y contraposición de intereses.*
7. *Solicitud de copias.*
8. *Sustitución y delegación de facultades.*
9. *Extinción.*

Como podemos apreciar, esta enumeración resulta bastante completa y extensa. Incluir en el poder los diversos puntos que se relacionan puntos permite que el poderdante pueda adoptar un elenco completo de disposiciones para regir los distintos aspectos del apoderamiento, tal y como se va a exponer en mayor detalle en los apartados siguientes. Por ello, bien articulado, el apoderamiento preventivo resulta una herramienta tremendamente adecuada para asistir a un mayor necesitado de una protección especial. Precisamente la adecuación de este instrumento se debe a sus posibilidades de lograr un gran grado de adaptación al supuesto concreto, ya que, si se formaliza en documento público, la prestación de un debido asesoramiento por parte del notario autorizante en el momento del otorgamiento facilita que el poderdante pueda incluir disposiciones adecuadas para regular, de la manera más acorde a su voluntad, los actos del apoderado. Para finalizar este apartado, debemos, en relación con lo anterior, hacer mención a la forma que debe tener este documento. Atendiendo estrictamente a la regulación existente,

no encontramos a priori ningún requisito de forma relativo al apoderamiento preventivo, por lo que parece que dicho acto puede llevarse a cabo en documento privado.

Sin embargo, si atendemos al artículo 1280.5ºCC, encontramos la que establece que deberán constar en documento público *“5.º El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y de cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero.”* A causa de esta previsión, en la práctica los apoderamientos preventivos deberán constar en escritura pública, ya que en la gran mayoría de los supuestos se delegará la facultad de administrar bienes de un patrimonio ajeno, en este supuesto los bienes del mayor necesitado.

Adicionalmente, en el supuesto de que dicho apoderamiento se quisiera inscribir en el Registro Civil, para otorgarle publicidad ante terceros, este deberá constar en escritura pública según lo establecido en el artículo 27.1 de la Ley del Registro Civil que establece que *“1. El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo, notarial o registral, es título suficiente para inscribir el hecho o acto que accede al Registro Civil. También es título suficiente para practicar la inscripción el documento extranjero que cumpla los requisitos establecidos en los artículos 96 y 97 de la presente Ley.”*

A continuación, si atendemos al párrafo segundo del artículo 223CC vemos que se establece lo siguiente *“Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.”* Por ello, a mi juicio, interpretando analógicamente dicha disposición el apoderamiento preventivo deberá constar en documento público, ya que en este el otorgante realiza previsiones en virtud de su posible pérdida de capacidad futura.

En mi opinión, considero que una modificación que convendría incorporar en la regulación del apoderamiento preventivo es la obligatoriedad de que sea otorgado en escritura pública. Esto se debe a diversas razones, la más relevante desde mi punto de vista es velar por la libre formación de la voluntad del poderdante. Por ello, considero que la intervención de un fedatario público no es solo conveniente sino necesaria, para asegurarse de que el otorgante de dicho poder comprende los efectos que éste va a tener.

Además, la intervención del notario asegura que se incluirán todas aquellas previsiones para regular supuestos en los que la generalidad de los mayores no suele pensar, como el control sobre los apoderados, la rendición de cuentas, etc. ...

Finalmente considero que debemos prestarle especial atención a la inscripción de estos documentos en el Registro Civil, ya que es una materia que puede presentar ciertas controversias. Esto se debe a que en el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, prevé que se deba inscribir en el Registro Civil todo tipo de medidas relativas a la capacidad de la persona. Esto, en palabras de la profesora García Rubio *“nos obligan, al menos, a cuestionar la idoneidad de la solución contraria acogida en nuestro Anteproyecto que opta, como se ha dicho, por la inscripción en el Registro Civil de todo tipo de medidas”* (García Rubio, 2018, p.48).

El principal problema gira en torno a la protección de datos y de la privacidad de la persona que inscribe este tipo de medidas en el Registro Civil, en nuestro caso el mayor que inscribe un apoderamiento preventivo. En este aspecto es muy importante que el legislador respete la privacidad del mayor, velando por crear una *“la normativa registral deberá ser muy escrupulosa a la hora de concretar las personas legitimadas para conocer que existe respecto de otra una medida de apoyo, lo que obliga a considerar las medidas de apoyo a las personas con discapacidad registradas como datos especialmente protegidos”* (García Rubio, 2020, p.49). Quizá sería adecuado prever que la publicidad de este tipo de poderes sólo se desplegara a partir de su entrada en vigor, siendo hasta tal momento un dato protegido.

### 3.1.3 Entrada en vigor

El apoderamiento preventivo puro, tal y como se ha explicado en el apartado anterior, es un negocio jurídico que está sujeto a una condición suspensiva. Esta condición no es más que los requisitos que el poderdante haya establecido en relación con el grado de incapacidad que deberá tener para que las disposiciones del poder surtan efecto.

El poderdante en el momento del otorgamiento deberá incluir disposiciones relativas al momento de la entrada en vigor del poder y a las condiciones que deben concurrir para que el poder despliegue sus efectos.

El poderdante puede exigir que para la entrada en vigor del poder se deban reunir una serie de requisitos, cuya determinación queda a su completa elección. Esta libertad para disponer de las condiciones de comienzo de la eficacia del apoderamiento resulta

especialmente favorable para el otorgante, el mayor que prevé que su capacidad podrá mermar con el paso del tiempo, lo que permite adaptar las condiciones de inicio de la eficacia a la situación personal concreta.

Por ejemplo, se puede establecer que el dictamen médico que acredite la pérdida de capacidad sea emitido por parte de los especialistas que determine el otorgante, como un psiquiatra; su médico de cabecera; u otro determinado por el poderdante, y que dichos dictámenes hayan de ser cumulativos y coincidentes. Aunque pueda parecer una mayor carga formal, puede resultar adecuado, ya que se garantiza por un lado la correcta valoración de la capacidad del sujeto, porque se puede nombrar a médicos especialistas; y por otro se asegura la tranquilidad del mayor debido a que se permite que nombre al facultativo de su confianza.

Puede presentarse una cierta controversia en el caso de que el poderdante no haya establecido previsiones concretas respecto del momento de entrada en vigor del poder preventivo. Este supuesto es algo harto improbable a causa de la intervención del fedatario público, que velará por la inclusión de la totalidad del contenido mínimo del poder; aunque como se ha mencionado en el apartado anterior esta intervención no es estrictamente obligatoria.

Aun así, pese a que no se haya introducido ninguna indicación en este sentido, autores como Valls Xufre, entienden que el apoderado es el que se encuentra facultado para decidir el momento en el cual acomete la representación del poderdante. Respecto de las circunstancias que deben concurrir para que este asuma la representación, podemos establecer que se debe producir a partir del momento en el cual el poderdante *“no pueda administrar su patrimonio y hacer frente a su problemática patrimonial”* (Valls Xufre, 2020, p.35). Esto responde a la finalidad propia del poder, que no es más que la de suplir la voluntad del poderdante en el momento en el que este ve mermada su capacidad hasta el punto en el que no puede regir por sí mismo.

En este punto se puede plantear la duda de si el notario estaría obligado a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la entrada en vigor del apoderamiento preventivo para que se iniciara el procedimiento de incapacitación correspondiente. Atendiendo a lo establecido en el artículo 230CC, el notario en el momento en el que se emplease un poder preventivo para intervenir en representación de un tercero, debería notificar al Ministerio Fiscal la incapacidad de este. Esto resulta del hecho de que es la propia pérdida de capacidad del mayor la que inicia la vigencia del documento.

#### 3.1.4 Facultades delegables.

Para atender a las facultades delegables en este tipo de poder, primeramente, debemos hacer una distinción entre el poder general y el poder especial. La DGRN en su resolución de 7 de mayo de 2008 reitera la distinción entre, ambos recalando que: *“Poder general es el que afecta a todos los negocios del poderdante y el especial es el concedido para actos singularmente especificados”*.

Por ello, el poderdante cuenta con dos opciones respecto de las facultades que desee transmitir. Puede por un lado otorgar un poder general, en el que delegue todas aquellas que legalmente pueda, con la excepción de las indelegables y las que el poderdante excluya expresamente. Por otro lado, puede igualmente otorgar uno o más poderes especiales en los que transmita algunas específicas. Estas, no tienen por qué circunscribirse a un negocio o una serie de negocios jurídicos concretos (Valls Xufré, 2020, p.35).

Esto implica que existan multitud de posibilidades para regular la cesión de facultades, lo que permite que se adapte de mejor manera a las circunstancias del caso concreto. Por ejemplo, el mayor puede otorgar un único apoderamiento preventivo en el que delega la totalidad de las capacidades decisorias que legalmente puede a un único apoderado, o múltiples apoderamientos preventivos en el que se delegan diversas a diferentes apoderados.

Estas, se pueden atribuir tanto a personas físicas como jurídicas. Respecto a la cesión a personas jurídicas, esta puede parecer controvertida, pero si analizamos la legislación vigente no encontramos ninguna prohibición expresa respecto de esta posibilidad. Únicamente se podría presentar una cierta duda respecto de la aplicabilidad del artículo 273CC, pero esta resultaría difícilmente aplicable al ser únicamente referente a la curatela. Por tanto, *“nada impide que el designado por el autor del negocio preventivo sea una o varias personas jurídicas, y dentro de estas que tengan o no ánimo de lucro.”* (García Rubio, 2018, p.51)

En el supuesto en el que se nombre más de un representante, es de una importancia capital determinar el modo de actuación de éstos. *“Lo deseable es que se establezca también de modo preciso su modo de actuación, que puede ser conjunto, solidario, subsidiario unos de otros, o separado en función del tipo de decisión que haya de ser tomada”* (García Rubio, 2018, p.51). Esto es, la determinación del modo de proceder en las actuaciones de los representantes cuando son varios resulta de una importancia enorme a la hora de mantener la eficiencia de esta herramienta. Una falta de claridad en las reglas de actuación

de los apoderados no haría más que mermar los efectos de este instrumento, ya que podría producir un déficit de firmeza en la toma de decisiones y una falta de seguridad jurídica en las consecuencias.

Si analizamos el tipo de facultades transmisibles encontramos dos grandes bloques diferenciados, *“tanto relativas a cuestiones patrimoniales de más o menos calado, como otras de índole personal”* (García Rubio, 2018, p.50) como bien indica la profesora García Rubio. Esta distinción resulta de una gran relevancia, ya que el mayor puede delegar la realización de negocios jurídicos de estas dos naturalezas.

Por un lado, las patrimoniales comprenden las relativas a la administración del patrimonio del mayor. Por ejemplo, la gestión de sus cuentas bancarias, de sus ahorros o los actos de administración o de disposición sobre sus bienes inmuebles.

Por otro lado, las facultades personales pueden tener igual o superior importancia. Éstas cobran una especial relevancia en la vejez, ya que comprenden las relativas al cuidado del mayor. En este grupo destacan las relativas a las decisiones de someterse a tratamientos médicos o el internamiento en residencias de mayores. La importancia de estas facultades se acentúa en el caso de que el mayor esté afectado por alguna enfermedad o dolencia que necesite una atención médica específica.

También existe la posibilidad de transmitir las vinculadas a la personalidad digital del sujeto, unas facultades que están cobrando una importancia cada vez mayor en la sociedad actual.

Finalmente debemos mencionar las posibilidades con las que cuenta el mayor respecto del nombramiento de apoderados. Tal y como se ha indicado previamente, se puede instituir uno o más apoderados a los que se deleguen las misma o diversas facultades. Es decir, podemos encontrar situaciones en las que se produzca una única cesión de capacidades decisorias a un sujeto, una delegación de las mismas capacidades a dos personas o una transmisión de capacidades diferentes a dos apoderados, para su ejercicio de manera individual o conjunta.

Otra posibilidad con la que cuenta el mayor, es la de nombrar sucesivamente a diversos representantes. Es decir, instituir en primer lugar a uno, y prever que para el supuesto que el designado en primer lugar no pueda ocupar el cargo se designe a otro para ello.

### *3.1.5 Controles.*

Antes de analizar las diversas alternativas que permiten una fiscalización de las actuaciones de los apoderados, debemos mencionar cuales son los principios que deben

guiar la actuación de éstos. Las actuaciones de los representantes deben atenerse las instrucciones que hayan recibido por parte del mayor mediante el apoderamiento preventivo. Pero bajo estas actuaciones debe subyacer siempre, siguiendo a García Rubio, *“el mejor interés de la persona con discapacidad, para centrarse únicamente en la voluntad, deseos y preferencias de ésta”* (García Rubio, 2018, p.53). Esto significaría que incluso deben tenerse en cuenta las manifestaciones de la voluntad realizadas por el mayor, incluso después de la pérdida de facultades.

El mayor al otorgar el poder, puede introducir múltiples mecanismos de control para asegurar que el apoderado no actuará maliciosamente o en contra de sus intereses.

El primer sistema que se puede emplear es la justificación de las actuaciones llevadas a cabo por parte del apoderado. Mediante este sistema *“el poderdante puede establecer que, regularmente, el apoderado rinda cuentas al supervisor u otra persona o entidad designada al efecto, quien en caso de desaprobación se entenderá con legitimación para interponer las acciones oportunas, sin perjuicio, incluso, de revocar el poder si el poderdante así lo hubiera dispuesto.”* (Valls Xufre, 2020, p.36) Vemos que, de introducirse esta medida de control, el apoderado deberá justificar sus actuaciones en la forma y plazo previsto por el poderdante.

Sin embargo, cobra una mayor importancia la rendición final de cuentas que se produce de manera posterior a la extinción del poder, derivada de la obligación que el artículo 1720CC impone a todo mandatario (Suárez Robledano, 2015, p.14).

Esta mayor relevancia se debe a que en este caso no se protegen únicamente los intereses del poderdante sino también los de sus herederos y otros terceros implicados en los negocios jurídicos llevados a cabo por el apoderado.

Si atendemos a la jurisprudencia existente respecto de este sistema encontramos que el TS, en su sentencia de 19 de diciembre de 1983, ha establecido que *“la obligación de rendir cuentas es inherente al mandato, debiendo el mandatario rendir cuentas detalladas y justificadas, expresando los ingresos y los gastos, basándose en documentos y comprobantes”*.

Esta tiene el objetivo de justificar todas las gestiones que el apoderado haya llevado a cabo durante la vigencia de su cargo, para asegurar que en ningún caso se ha actuado en contra del mejor interés del poderdante. Adicionalmente, el poderdante cuenta con libertad absoluta para establecer la forma en la que deberán justificarse las actuaciones llevadas a cabo pudiendo establecer, por ejemplo, que ésta se haya de realizar ante un

familiar o ante un tercero; siempre dentro de los límites marcados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Un segundo sistema, para controlar las actuaciones del apoderado, es el establecimiento de determinadas condiciones o requisitos que deben darse para el ejercicio de las facultades delegadas. Estos requisitos pueden adoptar diversas formas, ya que es el propio poderdante el que con asistencia del notario establece estos mecanismos.

Algunos ejemplos de requisitos susceptibles de introducción para el ejercicio de las acciones puede ser la tasación previa por un perito en el caso de enajenación de bienes de extraordinario valor, sean muebles o inmuebles, o la previa autorización de una persona, física o jurídica, designada por el poderdante. Sin embargo, una alternativa que se presenta bastante adecuada, es la de establecer un sistema similar al que prevé el Código Civil de Cataluña en el artículo 236-30. Dicho precepto prevé que se sustituya la autorización judicial por el consentimiento de los dos parientes más próximos al mayor por las ramas maternas y paternas.

Si aplicáramos este sistema a la situación objeto de estudio, el mayor puede establecer que se deba recabar la autorización de dos parientes, uno por cada rama familiar. Este tipo de control resulta muy adecuado ya que se delega en parientes cercanos al otorgante, que conocen sus circunstancias y situación personal. Sin embargo, nada obliga a limitar el nombramiento a únicamente miembros de la familia, puede delegarse en personas de confianza del mayor o incluso en personas jurídicas.

Un tercer sistema que el mayor puede incorporar, junto con el nombramiento sucesivo de apoderados mencionado en el punto anterior, es establecer que *“el segundo apoderado sea el supervisor del primer nombrado, y el tercero el supervisor del segundo en caso de llegar este a ser apoderado al cesar como supervisor por el cese del primer apoderado, continuando así hasta el último.”* (Valls Xufré, 2020, p.36). De esta manera, se asegura que siempre habrá un control por parte de un posible representante.

Sin embargo, se nos puede presentar la duda de cómo se debería actuar en el caso de que un apoderado estuviera actuando de una manera que perjudicara al poderdante. En este caso, difícilmente podríamos dar una solución general. Esto se debe a que el mayor puede haber otorgado la capacidad de destitución del representante al órgano de control en el caso de que éste actuara maliciosamente.

Adicionalmente, si el mayor está incapacitado judicialmente, tal y como establece el artículo 1732CC, el tutor puede solicitar al juzgado competente la extinción del apoderamiento preventivo.

Podría presentarse una situación de mayor complejidad en el caso que el mayor no hubiera sido incapacitado y que no hubiese atribuido la potestad de cesar al representante en el caso de incumplimiento. En esta situación, la primera opción que se presenta es la de iniciar el procedimiento judicial de incapacitación del mayor solicitando en este la extinción del apoderamiento. Esta opción, aunque válida, puede ser costosa y lenta; por la propia naturaleza del procedimiento de incapacitación, aunque pueda reclamarse como medida cautelar.

Estas dificultades respecto del cese de un apoderado que actúa maliciosamente o en contra de los intereses del mayor necesitado quedan resueltos en el Anteproyecto de ley de protección de las personas con discapacidad, concretamente en la reforma que plantea para el artículo 256CC. En dicho artículo se establece que “*Cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos, y el curador si lo hubiere, podrán instar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador*”. Vemos que con dicha provisión se permite que terceras personas soliciten la extinción judicial del apoderamiento preventivo, en beneficio del mayor necesitado.

En mi opinión, pienso que sería conveniente que dicho artículo incorporara la posibilidad de solicitar únicamente el cese del apoderado que actúa maliciosamente. Esto, considero que ayudaría a preservar las previsiones realizadas por el poderdante, mientras se encontraba en pleno uso de sus facultades.

Lo importante de estas previsiones es que se contribuye a desjudicializar los sistemas de control (Valls Xufre, 2020, p.36), lo que simplifica los trámites necesarios para los actos de disposición.

Finalmente, el mayor puede establecer que sea necesario recabar la autorización judicial en los casos que considere pertinente, de manera similar a la establecida en el artículo 271CC para la tutela.

### *3.1.6 Extinción del apoderamiento preventivo.*

Dentro de las causas de extinción del poder preventivo, debemos atender en primer lugar a las que aparecen reguladas para el mandato. El artículo 1732CC establece que el mandato se extinguirá por las siguientes causas:

*“El mandato se acaba:*

*1.º Por su revocación.*

*2.º Por renuncia o incapacitación del mandatario.*

*3.º Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario.”*

Adicionalmente, y con la misma modificación que introduce la posibilidad de constituir un apoderamiento preventivo, se regulan causas específicas de extinción de este contrato. Estas son, *“el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”*.

Finalmente, también se debe hacer mención a las causas de extinción, no previstas anteriormente, que el poderdante desee incluir. Entre estas es importante destacar la extinción del apoderamiento preventivo en el marco del procedimiento de incapacitación. En este procedimiento el juez, a pesar de que se haya previsto la continuidad o entrada en vigor del poder, puede disponer que este quede sin efecto en el caso de considerarlo conveniente.

### **3.2 Mención al Código Civil de Cataluña.**

En el Código Civil de Cataluña encontramos una de las regulaciones del apoderamiento preventivo más avanzadas a nivel nacional aunque, a nuestro juicio, sigue siendo una regulación escasa y que debe ser desarrollada para suplir de mejor manera las necesidades de protección.

En este apartado, se van a mencionar las principales diferencias respecto de la regulación del Código Civil para mostrar algunas de las reformas que el legislador podría incorporar al código, así como para mencionar determinados principios rectores que deberían regir a esta institución.

La primera diferencia la encontramos en su ubicación sistemática en el código. Mientras que el apoderamiento preventivo está situado en el Título referente al mandato, en el CCCat esta institución se encuentra regulada dentro de las instituciones de protección de la persona, concretamente en el artículo 222-2CCat: *“1. No es preciso poner en tutela a las personas mayores de edad que, por causa de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico, no pueden gobernarse por sí mismas, si a tal efecto han nombrado a un apoderado en escritura.”*

Esta diferencia, que puede parecer únicamente una discrepancia de estructura, supone la distinta consideración de la naturaleza que esta institución tiene en ambas regulaciones. Mientras que en el Código Civil el apoderamiento preventivo depende del mandato; en el CCCat esta herramienta está encuadrada dentro de las instituciones de protección de la

persona. Por ello podemos establecer que tiene una naturaleza cuasitutelar, que la hace completamente independiente del mandato (Valls Xufré, 2020, p.25).

Esta se ve reforzada por la exposición de motivos del Libro Segundo del CCCat, que establece: *“en la línea de un mayor reforzamiento de la autonomía de la persona, que sigue el camino iniciado por la Ley 11/1996, de 29 de julio, de modificación de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares, con la admisión de la autotutela se flexibiliza la respuesta jurídica ante la pérdida progresiva de facultades cognitivas y volitivas de la persona”*.

Esta aproximación a las instituciones tutelares lleva a la segunda principal diferencia entre las dos regulaciones. En el CCCat, se establece en su artículo 222-44.3: *“3. El apoderado, de acuerdo con el artículo 222-2.1, necesita la autorización judicial para los mismos actos que el tutor, salvo que el poderdante la haya excluido expresamente.”*

A causa de este precepto, encontramos una regulación contraria a la del Código Civil. En el CCCat se exige la autorización judicial, salvo exclusión expresa, mientras que en el Código Civil no se exige la autorización judicial salvo inclusión expresa.

Finalmente, hemos de hacer mención a que el Código Civil de Cataluña incorpora otra medida de autoprotección que no tiene equivalente en el resto de legislaciones españolas, cual es la asistencia, institución de protección prevista para la persona mayor de edad que, en situación de ancianidad, enfermedad física o psíquica que no han llegado a privarle de su capacidad de querer y entender, se ve sin embargo limitada en su capacidad de obrar, y decide voluntariamente dotarse de un instrumento estable de protección y complemento de capacidad, acudiendo a la autoridad judicial para que, en un procedimiento no contradictorio, nombre un asistente cuyo concurso sea necesario para la plena eficacia de determinados actos que puedan comprometer seriamente su persona o patrimonio (artículos 226-1 y siguientes).

### **3.3 Conflictos interregionales de normativa aplicable.**

La convivencia en España del Derecho Común con los distintos ordenamientos forales puede plantear una serie de conflictos a la hora de determinar la normativa aplicable a un poder preventivo y las relaciones jurídicas que de él emanan.

Esta es una situación que aunque pueda parecer de laboratorio, es frecuente que se produzca. Por ejemplo, imaginemos el supuesto en el que una persona otorga en Madrid un apoderamiento preventivo, y posteriormente se traslada a vivir a Cataluña, donde adquiere diversos bienes. Con el paso del tiempo, sus facultades empeoran y se cumplen

los requisitos para la entrada incluidas en el poder, pero el otorgante del poder también ha adquirido la vecindad civil catalana. Por tanto, se nos presentaría la dificultad de determinar qué legislación debemos aplicar, ¿el derecho común o el derecho foral catalán?

Esta cuestión podría complicarse aún más si, por ejemplo, hubiera determinados bienes en otras comunidades autónomas con derecho foral propio, como Aragón. Pero, ¿cuál es la solución que ofrece actualmente el ordenamiento jurídico?

Desgraciadamente, la legislación actual no ofrece ninguna regulación al respecto sobre dicha materia. Adicionalmente, tampoco existe pronunciamientos jurisprudenciales o doctrinales que puedan clarificar el asunto. Por ello mismo, nos encontramos ante una gran carencia de nuestra regulación.

Esto se debe a que esta indeterminación de la legislación aplicable puede producir una merma en la finalidad del apoderamiento preventivo, que no es otra que la de dotar de seguridad a la regulación de los actos que van a regir las relaciones jurídicas del poderdante.

La clave reside en la verdadera naturaleza jurídica de la figura: si el apoderamiento preventivo se considera un caso más de simple representación, debería aplicarse al conflicto interregional el criterio del artículo 10.11CC; en cambio, si se considera una institución de protección (que parece lo adecuado), el criterio sería el del artículo 9.6CC. A primera vista podría parecer que lo más apropiado sería aplicar la legislación correspondiente al apoderamiento preventivo en el momento de su otorgamiento. El motivo de esto, no es más que cumplir las expectativas del poderdante en el momento de la formalización; pero esta previsión puede entrar en conflicto con el artículo 9.6CC.

A tenor de lo establecido en dicho artículo, a aquellos poderes que sean considerados como una institución tutelar o cuasitutelar, les será de aplicación lo establecido en la legislación del lugar de residencia habitual del poderdante (Valls Xufre, 2020, p.29).

Por tanto, y siguiendo lo establecido por este mismo autor, la solución más favorable para el poderdante y la que dota de mayor seguridad jurídica es optar por la *professio iuris*. Mediante esta alternativa, es el poderdante el que en el momento del otorgamiento determina cual va a ser la legislación aplicable. Esto, dota de una mayor protección jurídica al mayor ya que le permite prever la regulación de los actos que se llevarán a cabo. Para determinar la legislación aplicable se puede optar por establecer que se determine “*con arreglo a su vecindad civil o su residencia o el lugar donde se hallen situados los bienes a que se refiere.*” (Valls Xufre, 2020, p.33)

En este punto vemos otra de las muchas carencias que el ordenamiento jurídico vigente presenta en la regulación de una herramienta tan apropiada para la asistencia de las necesidades de los mayores.

#### **CAPÍTULO IV. INSTITUCIONES DE AYUDA ECONÓMICA.**

En nuestra realidad social actual hay personas que en su vejez pueden llegar a encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad económico-patrimonial. Sus causas pueden ser diversas. Imaginemos la ausencia de los ingresos mínimos necesarios para alcanzar una suficiente autonomía financiera o, desde una perspectiva más concreta, el grave y progresivo endeudamiento que puede aparecer ante la necesidad de hacer frente a los nuevos gastos que precisa su propio cuidado personal.

En este último apartado van a ser objeto de exposición una serie de instrumentos legales dentro del ámbito del derecho privado, a los que estas personas, supuesto que se encuentran en pleno uso de sus facultades mentales, y aparte de las medidas públicas de sostén económico (pensiones, subsidios, prestaciones de la Ley de Dependencia) pueden recurrir a fin de solventar sus necesidades económicas o, cuando menos, a sobrellevarlas. En este tipo de supuestos la solución no ha de venir por la vía de modificar la capacidad de obrar, ya que, como se ha mencionado, la tiene plenamente, sino que ha de procurar la mejora de la situación patrimonial. Debe solventarse la falta de recursos del sujeto al ser esta precisamente la causa de la dependencia.

##### **4.1 Instituciones reales.**

En este apartado se va a analizar la idoneidad de dos instituciones del Derecho Civil que se caracterizan por su naturaleza real. Es decir, no son puramente contratos civiles, sino derechos reales que nacen de un negocio jurídico civil.

Nos estamos refiriendo al derecho de censo y a la hipoteca inversa.

##### *4.1.2 El derecho real de censo reservativo.*

El censo, es un derecho real históricamente vinculado a las tierras de cultivo, que gozó de un uso relativamente amplio en etapas anteriores. A pesar de ello, en mi opinión, durante el siglo XX este contrato entró en desuso por su tradicional relación con el mundo rural.

Aunque también puede constituirse por usucapión y por vía testamentaria, la forma habitual de constituir el derecho real de censo era a través de un contrato, y por ello el Código civil nos habla del “contrato de censo”. El derecho real que nace de dicho contrato presenta unas notas características que, a nuestro juicio, pueden hacerlo idóneo para cubrir las necesidades de protección de un mayor dependiente.

Siguiendo a Puig Brutau podemos definir el de censo como “*un derecho real de contenido limitado que recae sobre cosa ajena y que atribuye el derecho a percibir ciertas prestaciones reiteradas, sean productos naturales o dinero, que ha de entregar el propietario o poseedor de la finca gravada*” (Puig Brutau, 1983, p.507).

De acuerdo con la regulación del Código Civil, encontramos tres tipos distintos de censo; reservativo, conservativo y enfitéutico. De entre estos tres, se va a centrar el estudio de este apartado en el primero, al ser el que mejor se adapta a las necesidades del objeto de nuestra investigación. El censo reservativo queda definido según el artículo 1607CC de la siguiente manera. “*Es reservativo el censo cuando una persona cede a otra el pleno dominio de un inmueble, reservándose el derecho a percibir sobre el mismo inmueble una pensión anual que deba pagar el censatario.*”

En cuanto a los elementos reales del contrato de censo encontramos por un lado el bien inmueble objeto del contrato, aquel que el mayor transmite a un tercero. Por otro lado, encontramos el derecho a percibir una renta que el mayor tendría a favor del tercero que recibe el bien inmueble.

El carácter real, precisamente otorga al censo una de sus ventajas más importantes. Esta es que es la finca objeto del contrato la que queda vinculada al pago de dicha renta, independientemente de quien sea el propietario de la misma. De manera adicional con la inscripción de dicho contrato en el Registro de la propiedad, esta vinculación obtiene eficacia *erga omnes*. A causa de esto, aunque la finca se transmitiera, los ulteriores propietarios de la misma quedarían a su vez obligados al pago de la pensión; quedando asegurado el cumplimiento de la obligación patrimonial.

Siguiendo a Puig Brutau, en cuanto a los elementos personales encontramos al censalista, que es quien ostenta a su favor el derecho de cobro de una pensión; y al censatario que es el pagador de la renta que tiene el disfrute de la finca.

Dicho contrato, en virtud de lo establecido en el artículo 1280.1ºCC debe establecerse en escritura pública (como “forma de valer”, al recaer sobre inmuebles), aunque puede establecerse mediante otros negocios jurídicos tales como el testamento. Si se constituye

con carácter enfiteútico, la escritura pública se exige con carácter constitutivo, como “forma de ser” por el artículo 1628CC.

Como explica el mismo autor, el censo se extingue por la redención, la prescripción, la pérdida o destrucción de la finca y la expropiación. De entre estas causas cobra especial importancia, a mi juicio, la redención del censo. Esta es “*la facultad de permitir la extinción del gravamen a voluntad del censatario*” (Puig Brutau, 1983, p.520).

Esta facultad puede ser limitada, de manera que no tenga lugar durante la vida del censalista, es decir del mayor necesitado de protección; lo que asegura la percepción de la pensión durante su vida. Dicha posibilidad viene recogida en el artículo 1608CC párrafo segundo: “*Puede, no obstante, pactarse que la redención del censo no tenga lugar durante la vida del censalista o de una persona determinada, o que no pueda redimirse en cierto número de años, que no excederá de veinte en el consignativo, ni de sesenta en el reservativo y enfiteútico.*” (Puig Brutau, 1983, p.520).”

Por tanto, vemos que el contrato de censo y el derecho real que de él nace, aunque hoy estén en desuso, pueden constituir una herramienta más que adecuada para atender a las necesidades objeto de protección.

Mediante este contrato, concretamente mediante el censo reservativo, el mayor que cuenta con un bien inmueble puede asegurar la percepción de una pensión.

Es necesario insistir en su naturaleza real, ya que resulta un elemento decisivo a la hora de proteger al censalista frente a incumplimientos del censatario. Esto es especialmente importante a la hora del pago de la pensión, ya que el elemento vinculado al pago de la misma no es una persona sino una finca.

Esto significa que el mayor estará en todo caso protegido frente al impago por dos acciones, tal y como resulta del artículo 1623CC. Estas son “*la real, contra la finca gravada, y la personal contra quien ha sido su propietario durante el tiempo en que se han devengado las pensiones no pagadas o se han causado daños en la finca*” (Puig Brutau, 1983, p.515). Esta acción real es por tanto, “*una acción dirigida a obtener el pago del valor de la cosa con independencia de quien sea su propietario*” (Puig Brutau, 1983, p.514).

Mediante esta dualidad de acciones se asegura que el censalista puede ejercitar acciones de dos naturalezas distintas, por lo que la protección del cobro de la pensión se ve tremendamente reforzada frente a otros contratos y derechos de funcionamiento similar. El censatario recibe un bien inmueble con la carga, y el censalista recibe la pensión, garantizada con acción real sobre la finca. Además, este derecho es susceptible de

inscripción en el Registro de la Propiedad, lo que le otorga una protección reforzada ante terceros y entre las partes.

Adicionalmente, cuando se documente en forma pública, siguiendo la previsión del artículo 1280.1CC, posibilitando su inscripción registral, la intervención de fedatarios públicos, como el notario y el registrador de la propiedad, supondrá un doble control de legalidad. Por un lado, se asegurará la adecuación a la norma del contenido de los contratos; y por otro lado se protegerá y salvaguardará la libre formación de la voluntad de los contratantes. Esta protección es fundamental en el caso de la voluntad del mayor, al ser este la parte en situación más vulnerable.

Ahora bien, dado que este derecho ha caído en desuso, es importante analizar la figura de la hipoteca inversa. Este es una institución más reciente y novedosa, de una naturaleza similar al censo reservativo.

#### *4.2.2 La Hipoteca Inversa.*

Esta figura se encuentra regulada en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establecen determinadas normas tributarias, entre ellas las referentes a esta figura legal. Dicha normativa ha sido modificada por la Disposición Adicional 1.2 de la Ley 5/2015 de 27 de abril de Fomento de la Financiación Empresarial y por la Disposición Adicional 1.1 a) de la ley 1/2013 de 14 de mayo de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

La exposición de motivos de la ley 41/2007 la describe como *“un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, normalmente periódicas, aunque la disposición pueda ser de una sola vez, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de la tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses. La recuperación, por parte de la entidad, del crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario, mediante la cancelación de la deuda por los herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad de crédito”*.

Para Nieto Carol, los dos elementos característicos de esta figura respecto de la protección de mayores son (Nieto Carol, 2020, S.P):

1. Que tanto el solicitante como los beneficiarios de la hipoteca inversa tengan una edad de 65 años o más, o personas con un grado de discapacidad superior al 33%, o que estén afectadas por una situación de dependencia (ex art. 5 Ley 41/2007).
2. Que solo el acreedor pueda exigir el pago de la deuda y que la ejecución de la garantía se supedite al fallecimiento del deudor o del último de los beneficiarios.

Por tanto, vemos que el verdadero elemento que caracteriza a la hipoteca inversa es la no exigencia de intereses o del pago del capital hasta que se dan los supuestos mencionados anteriormente.

De lo anterior podemos concluir que el contratante de la hipoteca inversa, a cambio del establecimiento de un derecho real de garantía sobre un inmueble, recibe o una única cuantía de dinero o una serie de prestaciones periódicas hasta el momento de su fallecimiento. Dicha prestación, será determinada por la entidad financiera en función del valor de tasación del inmueble gravado.

Antes de proseguir con la explicación de esta herramienta, debemos hacer referencia a un trámite esencial en la contratación de este tipo de producto financiero, derivado de la aplicación de la orden EHA/2899/201.

En el citado documento se recogen una serie de medidas y garantías obligatorias, como la prestación de un servicio de asesoría previo e independiente (artículo 10), o la obligación de la entrega de la oferta vinculante (artículo 23); así como otras exigencias de información y claridad de la documentación.

Todos estos requisitos cumplen con el objetivo fundamental de asegurar la comprensión y transparencia de las condiciones de contratación, facilitadas al cliente. Lo que se pretende es proteger al contratante de dicho instrumento financiero para garantizar, por un lado, la comprensión de las condiciones del contrato; y por otro lado la libre formación de su voluntad a la hora de suscribir dicho producto. Además, se busca prevenir y dificultar la influencia de terceros en el proceso decisorio del contratante, evitando así que el mayor vulnerable pueda verle influido para suscribir este tipo de contrato.

En este punto es importante destacar la labor del notario. Tal y como indica el Banco de España, *“el notario debe cerciorarse de que dicho asesoramiento ha sido llevado a cabo, advirtiéndolo al interesado en el supuesto que la hipoteca inversa se formalice en contra de la recomendación formalizada por el asesor.”* (Banco de España, 2011, p.17). Por tanto, el notario ha de proteger la libre formación de la voluntad del contratante, dando fe de que este no ha sido engañado o coaccionado para la contratación de dicho producto.

Esta salvaguarda, sin embargo, no se instrumenta desde la sustitución de la voluntad del mayor; sino que se construye desde la asistencia a la voluntad del mismo. Aun así, este apoyo es más bien, un aseguramiento de la no injerencia de terceros.

Fallecido el titular de la vivienda, perceptor de la pensión, los herederos cuentan con el plazo de un año para decidir qué acciones tomar respecto de la vivienda afecta a la hipoteca inversa.

Por un lado, pueden renunciar a sus derechos hereditarios respecto del inmueble, por lo que la entidad financiera podría ejecutar la hipoteca, percibiendo el importe adeudado con cargo al valor obtenido.

Por otro lado, los herederos pueden aceptar su llamamiento, correspondiéndoles por tanto la propiedad de la finca, y quedando obligados al pago de la deuda acumulada por parte del causante. En este caso, tal y como explica el Banco de España, cuentan con tres vías de actuación:

- a) *“Proceder a liquidar la deuda con la entidad, satisfaciendo el importe adeudado. De esta manera conservan la titularidad del inmueble y adicionalmente la entidad no está facultada a exigir compensación alguna por los gastos de cancelación correspondientes.*
- b) *Vender la vivienda, para seguidamente liquidar la deuda con el importe obtenido en la venta. En este supuesto de no alcanzarse el importe de la deuda, el acreedor podrá dirigirse contra los demás bienes hereditarios para satisfacer el importe restante.*
- c) *No reembolsar la deuda, por lo que la entidad financiera estaría facultada para ejecutar la garantía y para dirigirse contra los bienes de la herencia.”*

Este contrato, como expone el Banco de España, resulta muy adecuado para asistir a las necesidades económicas de los ancianos en nuestro país. Esto se debe a que, a diferencia de los países en nuestro entorno, *“en España hay un alto índice de propiedad de los ocupantes de viviendas”* (Banco de España, 2017, p.11). Adicionalmente, desde la perspectiva de los herederos, estos conservan múltiples opciones respecto de cómo actuar en lo referente al inmueble.

No obstante, encontramos determinados inconvenientes relacionados con este tipo de instrumentos, principalmente en lo relativo a la cuantía de la prestación económica. En primer lugar, el importe percibido no se actualiza o se ajusta con la inflación, por lo que se perdería poder adquisitivo con el paso del tiempo. De manera adicional, *“si se quiere*

*que las prestaciones sean periódicas, el importe del préstamo oscila entre el 26% y 46% del valor de tasación” (Fernández Salar, 2020, S.P).*

Como conclusión, podemos afirmar que esta es una herramienta con un gran grado de utilidad para satisfacer las necesidades económicas del mayor necesitado de protección. Aun así, su idoneidad dependerá del valor de tasación de la vivienda y de las condiciones ofrecidas por la entidad financiera.

## **4.2 Instituciones Personales.**

En este apartado se van a analizar los contratos de renta vitalicia y de alimentos, dos instituciones recogidas en el Código Civil. A diferencia de las mencionadas en el epígrafe anterior, son contratos que generan obligaciones personales por lo que la naturaleza real no es un elemento esencial de los mismos. Ahora bien, no existe ningún impedimento para introducir una garantía real de las obligaciones, lo que dotaría a estas instituciones de una protección reforzada.

### *4.2.1 El contrato de Renta Vitalicia.*

El contrato de renta vitalicia se encuentra regulado en el Libro Cuarto del Código Civil, concretamente en el Título XII, artículos 1802 a 1808 del Código Civil.

Conforme a lo establecido en el artículo 1802CC, lo podríamos definir como *“aquel por el cual un sujeto se obliga a pagar a otro una renta en contraprestación de un capital o de un bien mueble o inmueble que le transmite. (Cervantes, 1975, 319.)”*

Esta renta, que tiene contenido pecuniario, puede constituirse tanto sobre la vida del que da el capital, sobre la de un tercero o sobre la de varias personas; y puede constituirse a favor de aquella o aquellas personas sobre cuya vida se otorga, o a favor de otras personas (ex art. 1803CC).

Habiendo expuesto la naturaleza básica del contrato de renta vitalicia, vemos que puede resultar idóneo para solventar la ausencia de recursos patrimoniales. Así, a cambio de la transmisión de un bien o capital, cabe constituir una renta vitalicia sobre la vida del anciano necesitado de apoyo patrimonial, para que se complementen sus recursos económicos y se solvete esta necesidad financiera.

A pesar de la posible idoneidad de este contrato, existen determinados inconvenientes; siendo el mayor la falta de protección en caso de impago de la pensión.

La principal es que en caso de incumplimiento, el perceptor de la renta no tiene acción real para recuperar el bien entregado, por lo que en caso de cesar la entrega de la pensión,

puede encontrarse en una situación de vulnerabilidad agravada, al no existir instrumentos legales coercibles de protección, salvo que se pacte de manera expresa en el momento de constitución de la renta una condición resolutoria del contrato para el caso de falta de cumplimiento, exceptuando la previsión del artículo 1805CC según el cual, “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 la posesión del predio enajenado; sólo tendrá derecho a reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras. ”. Este precepto está considerado de derecho dispositivo por la doctrina y la jurisprudencia.

Por ello, en mi opinión, aunque este contrato puede resultar adecuado no sería la primera alternativa que emplearía para proteger al anciano. Esto se debe principalmente a la desprotección al caso de incumplimiento. En caso de que se quisiera emplear esta herramienta, considero que es de gran ayuda para el mayor la intervención del notario no solo por la labor de asesoramiento jurídico, sino también por el carácter de documento público que se otorga al contrato resultante.

#### *4.2.2 El Contrato de Alimentos.*

Este contrato aparece regulado en el Libro Cuarto del Código Civil, concretamente en el Título XII y en sus artículos 1791 a 1797. Se define en el artículo 1791CC de la siguiente manera:

*“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.”*

Por tanto, vemos que en este contrato, de manera análoga al derecho de alimentos, intervienen el alimentante y el alimentista. El primero es el obligado a proporcionar los llamados alimentos al segundo, el alimentista.

Este contrato, aunque guarde similitudes con la obligación legal de alimentos, puede resultar de mayor adecuación a los supuestos que nos ocupan, ya que al nacer la obligación de un contrato, puede establecerse la prestación a favor y/o a cargo de personas distintas de las determinadas legalmente. Así, resulta más eficaz para aquellos supuestos en los que el mayor necesitado de asistencia económica o no tiene familiares, o no puede exigir a éstos el derecho de alimentos, al no ser estos parientes de los incluidos en el artículo 144CC. Para dar un ejemplo concreto, nos podríamos encontrar en este supuesto

en el caso de un mayor soltero, viudo o divorciado, cuyos descendientes, ascendientes y hermanos han fallecido.

Se diferencia de la renta vitalicia en que la prestación asumida frente al anciano dependiente no es puramente pecuniaria, sino que alcanza también al cuidado personal de toda índole, por lo que puede resultar mucho más conveniente en casos de dificultades de movilidad o autonomía personal.

En cuanto al contenido de los alimentos que deben prestarse debemos atender al artículo 1793CC: *“La extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y, a falta de pacto en contrario, no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe.”*

Tal y como establece el artículo 1793CC, el importe de dicha prestación es inalterable una vez pactada. Esta norma dota de una gran seguridad al perceptor de los alimentos, ya que garantiza que el mayor no verá alterada la prestación que recibe. Ello contribuye no solo a complementar, sino también a estabilizar su situación patrimonial; lo que asegura sus condiciones de vida en un futuro cercano.

La imposibilidad de alterar el contenido del contrato de alimentos una vez pactado reviste una gran importancia, ya que *“la atención personal suele ser el fin primordial que mueve al cedente de los bienes a contratar, procurándose mediante esa cesión unos cuidados y la integración en un hogar el que recibir una atención personalizada y familiar”* (Serrano Chamorro, 2004, p.317).

Finalmente es necesario destacar la protección con la que el mayor puede contar en caso de incumplimiento del contrato. Para ello debemos atender al siguiente precepto:

Artículo 1795CC: *“El incumplimiento de la obligación de alimentos dará derecho al alimentista sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1792, para optar entre exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda, o la resolución del contrato, con aplicación, en ambos casos, de las reglas generales de las obligaciones recíprocas.*

*En caso de que el alimentista opte por la resolución, el deudor de los alimentos deberá restituir inmediatamente los bienes que recibió por el contrato, y, en cambio, el juez podrá, en atención a las circunstancias, acordar que la restitución que, con respeto de lo que dispone el artículo siguiente, corresponda al alimentista quede total o parcialmente aplazada, en su beneficio, por el tiempo y con las garantías que se determinen.”*

Analizando el artículo precedente, vemos que se distingue, al regular el incumplimiento, entre el cumplimiento forzoso y la resolución.

Esta facultad supone una gran ventaja para el mayor. Esto se debe a que dichas opciones permiten una mayor adaptación a las circunstancias del caso concreto. Para ilustrar esta afirmación, se van a exponer un supuesto ejemplificativo:

Imaginemos que únicamente el deudor cuenta con un familiar, por ejemplo, un sobrino, con el que formaliza un contrato de alimentos en virtud del cual este debe proporcionar alimentos a su tío. En el caso que el alimentante incumpliera esta obligación el alimentista puede optar por alguna de las alternativas siguientes:

- Exigir el cumplimiento forzoso del contrato. Esta puede ser la alternativa a seguir para el supuesto en el que el mayor necesitado de protección no cuente con ningún otro familiar o conocido con el que formalizar un contrato de alimentos.
- Resolver el contrato. Esta solución puede ser la más adecuada para el caso en el que el mayor cuenta con otro familiar o persona dispuesta a acogerla y prestarle alimentos.

En lo referente a la resolución de este contrato, en primer lugar debemos atender al párrafo segundo del artículo 1795CC. Este establece la forzosa restitución del bien que el deudor de los alimentos recibió. En cambio, respecto del perceptor de los alimentos, el juez podrá acordar el aplazamiento de la restitución de lo percibido, atendiendo a las circunstancias del incumplimiento contractual concretas y con las garantías que considere pertinentes.

Igualmente debemos mencionar la previsión del artículo 1796CC: *“De las consecuencias de la resolución del contrato, habrá de resultar para el alimentista, cuando menos, un superávit suficiente para constituir, de nuevo, una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida.”*

A través de este artículo se garantiza que como consecuencia de la resolución del contrato el patrimonio del mayor no se vea menoscabado de una manera tal que no pueda constituir una nueva pensión durante el resto de su vida. Esta previsión resulta de una importancia capital, ya que se protege de manera reforzada la situación económica del mayor, asegurando la posibilidad de vivir en condiciones análogas a las actuales.

Finalmente, el artículo 1797CC abre la posibilidad de otorgar garantía real a este contrato en determinadas situaciones asimilándolo, por decirlo de alguna manera, al contrato de censo. Concretamente cuando los bienes o derechos cedidos son susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad. Esta protección se instrumenta, frente a

terceros, a través de la inscripción del pacto que dé a la falta de pago la condición resolutoria explícita.

## **V. CONCLUSIONES.**

Primera: Después del análisis llevado a cabo a lo largo del trabajo, concluimos que nuestro ordenamiento jurídico cuenta a fecha de hoy con determinadas herramientas de carácter preventivo que pueden ayudar a suplir las necesidades de protección personal y patrimonial de la persona mayor especialmente vulnerable.

Segunda: Entre estas medidas de apoyo encontramos al contrato de renta vitalicia y la hipoteca inversa que dotan exclusivamente de unos recursos económicos.

Tercera: También existen otro tipo de instituciones jurídicas relativas a complementar o coadyuvar al ejercicio de las facultades patrimoniales y personales del sujeto con un espectro más amplio.

Aquí se ubica el apoderamiento preventivo que, permite una elevada adaptación al caso y a las necesidades concretas. El mayor, en previsión de su futura pérdida de capacidad, puede otorgar esta disposición con el objeto de garantizar el cumplimiento de su voluntad en el futuro.

Cuarta: A pesar de que en España la situación legislativa, a nuestro juicio, ha mejorado singularmente a partir de la reforma de 2003, los instrumentos con los que se cuenta actualmente son insuficientes y, los existentes, requieren de una revisión y desarrollo normativo por parte del legislador.

Quinta: Para garantizar una verdadera y completa protección al mayor el esfuerzo legislativo debe llevarse a cabo, en nuestra opinión, siguiendo las tendencias más modernas del cuidado de los más vulnerables, es decir, respetando en la medida de lo posible su voluntad y no sustituyéndola.

Un caso paradigmático de esta ausencia de regulación es el apoderamiento preventivo. A pesar de la idoneidad de este instrumento, existen carencias regulatorias manifiestas que reducen la efectividad de esta institución. Como ejemplo, valga uno de los supuestos que hemos podido analizar, el de la dificultad de separar a un apoderado que actúa de forma contraria al mejor interés del poderdante.

Sexta: Adicionalmente, es necesario implementar recursos públicos que vayan en la misma línea y suplan las carencias económicas para mayores cuyo patrimonio personal pueda resultar insuficiente. Por ejemplo:

- Mejora de las pensiones, prestaciones para supuestos de dependencia.
- Aumento de las ayudas directas del Estado, no sólo a las personas que las precisen individualmente, sino también a entidades determinadas del tercer sector que ejercen una labor muy valiosa en la protección de los mayores desamparados.
- Introducción de “pisos tutelados”, es decir apartamentos en los que el mayor reside y recibe unos cuidados mínimos a cambio de una renta mensual
- Impulso normativo a instituciones tales como la propiedad temporal (como ha hecho el CC de Cataluña), los llamados “hoteles en condominio” o las residencias asistenciales en régimen cooperativo o de copropiedad.

Séptima: Igualmente, y de manera paralela a las ayudas públicas, se debe fomentar el uso de recursos privados. Este tipo de medios son muy variados y van desde los planes privados de pensiones hasta el uso de instrumentos financieros a largo plazo que garanticen disponer de una renta en el futuro. Lo realmente relevante de estas medidas es que resulte más sencillo y atractivo fiscal y económicamente para los ciudadanos el destinar parte de sus ingresos a planificar su futuro.

Como conclusión final consideramos que, aunque actualmente se cuente con medidas para asistir a los ancianos necesitados de una protección especial se debe seguir avanzando en la regulación, para poder proteger lo mejor posible a nuestros mayores. Es algo que la sociedad no puede desconocer, porque cada uno de nosotros puede ser sujeto pasivo de esas ayudas en el futuro.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **LEGISLACIÓN**

Ley 41/2003 de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad. BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003.

Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. Boletín Oficial del Estado. Madrid, «BOE» núm. 294, de 08/12/2007

Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad. BOE 96 de lunes 21 de abril de 2008.

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. “DOGC” núm. 5686, de 05/08/2010, “BOE” núm. 203, de 21/08/2010.

Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro Civil. BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Boletín Oficial del Estado. Madrid, «BOE» núm. 261, de 29 de octubre de 2011, modificada por la orden ECE/482/2019, de 26 de abril. Fecha de última consulta 22/02/2021

Ley 1/2013 de 14 de mayo de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social «BOE» núm. 116, de 15/05/2013

Ley 5/2015 de 27 de abril de Fomento de la Financiación Empresarial «BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2015

Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Boletín Oficial de las Cortes Generales, num. 27-1, de 17 de julio de 2020.

### **JURISPRUDENCIA**

Sentencia del Tribunal Supremo num 6967/1983, de 19 de diciembre de 1983 (versión electrónica- base de datos Aranzadi Instituciones Ref. RJ. 1983/6997)

Resolución Dirección General de Registros y Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de Madrid don José María Madrideo Fernández, contra la negativa de la registradora mercantil de Segovia a inscribir una escritura de apoderamiento. Resolución de 7 de mayo de 2008. BOE nº 125 de viernes 23 de mayo de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona num 512/2012, de 19 de julio de 2012 (versión electrónica- CENDOJ Ref. 08019370182012100531)

Sentencia del Tribunal Supremo num 2573/2016, de 3 de junio de 2016 (versión electrónica- CENDOJ Ref. 28079110012016100355)

Sentencia del Tribunal Supremo num 4050/2020, de 3 de diciembre de 2020 (versión electrónica- CENDOJ Ref. 28079110012020100616)

### **OBRAS DOCTRINALES**

Cervantes, E. Q. (1975). La situación jurídica de renta vitalicia. *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)*, pp.319-375.

De Castro y Bravo, F. (2008). “Capacidad de la persona”, *Derecho Civil de España*, vol. II, (p.40-57). Navarra: Aranzadi.

García Rubio, M. (2018) “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”. *Revista de Derecho Civil, vol. V, Número 3.*(pp.29-60) Fecha de consulta 10/03/2021.

O'Callaghan Muñoz, X. (2000) “La Declaración de Incapacidad”, en Martínez Díe R., *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, (pp.45-58). Madrid: Civitas

Puig Brutau, J. (1983)” Derechos Reales de Censo y Enfiteusis”. *Fundamentos de Derecho Civil Tomo III-3º* (3.ª ed) (pp. 507-529). Madrid: Editorial Bosch.

Suarez Robledado, JM. (2015) “La rendición de cuentas como principio general del Derecho”. *Revista Española de Control Externo. Número 50, 2015*. Pp.11-55

Serrano Chamorro, M.E(2004). “*Ciertas consideraciones legales y jurisprudenciales del contrato de alimentos*”. (p317-318). Valladolid, España. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial.

Valls Xufré, J. (2019) “La abolición de la incapacitación. El notario y los apoyos a la discapacidad” (I). *Revista la Notaría. Número 2-3*. pp.16-26

Valls Xufré, J. (2020) “La abolición de la incapacitación. El notario y los apoyos a la discapacidad” (II). *Revista la Notaría. Número 1-2*. pp.18-44

## **RECURSOS DE INTERNET**

Banco de España. (2017). Guía de Acceso a la Hipoteca Inversa (p. 11). Madrid: Banco de España. Fecha de última consulta 21/02/2021

Fernández Salar, I. (2020). La hipoteca inversa: su finalidad y posibles consecuencias. Expansión: Hay Derecho. Madrid: Recuperado de <https://hayderecho.expansion.com/2020/04/19/la-hipoteca-inversa-su-finalidad-y-posibles-consecuencias/> Fecha de última consulta 23/02/2021

Instituto Nacional de Estadística (2020). Esperanza de vida. Instituto Nacional de Estadística. Obtenida el 12/04/2021 de [https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es\\_ES&c=INESeccion\\_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios/PYSLayout](https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios/PYSLayout)

Nieto Carol, U. (2020). La llamada Hipoteca Inversa. Recuperado 25 de enero de 2020, de Elnotario.es website: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-86/9514-la-llamada-hipoteca-inversa>. Fecha de consulta 22/02/2021.

Nogales Sánchez, M. (2020).” ¿Autotutela o apoderamiento preventivo?” *Notarios en Red* (disponible en: <https://www.notariosenred.com/2020/06/autotutela-apoderamiento-preventivo/>; última consulta 11/02/2021)