

The state protection of elderly people under the civil law

ABSTRACT

This paper presents three type of measures to adapt Spanish legislation and legal practice to real needs of elderly people: firstly, give them a estate protection similar to those established for disable people from a certain age; secondly, improve legal and notary safeguards in all relevant legal acts made by deficiency older people in order to ensure that consent is conscious and freely given, and, finally, to those individuals who need judicial measures due to intellectual disabilities, have a protection in accordance with the International Convention of Persons with Disabilities, reinforcing some existing –but secondary– institutions like the «facto guardian» or the «curatorship».

KEYWORDS

Civil law. Ageing people. Disability. Estate. Legal acts. Facto guardian. Curatorship. Assistant

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *El acceso de toda persona mayor a una protección patrimonial.* 1. Base jurídica. 2. Dificultades para el acceso a los mecanismos de protección de la Ley 41/2003 (LPPD). 3. Propuestas.–III. *La protección de la persona mayor vulnerable.* 1. Protocolos preventivos en sede notarial. 1.1 Indicadores de vulnerabilidad. 1.2 Medidas aplicables. 2. Deberes de información y lealtad derivados de la buena fe negocial. 3. Aumento de las garantías legales para los actos de singular relevancia.–IV. *La protección de la persona mayor incapaz.* 1. Mantener el *status quo*: la guarda de hecho del anciano. 2. Modificar su capacidad: la curatela de la persona mayor.–V. *Propuestas de lege ferenda.*–VI. *Bibliografía.*

I. PLANTEAMIENTO

La persona mayor tiene en nuestros días un singular interés por dos motivos: primero por su relevancia como sector poblacional en aumento dada la mayor esperanza de vida² y segundo por su vulne-

² Si atendemos a los datos del INE la esperanza de vida de los varones es de 80,393774 años y de las mujeres 85,738302 (<https://www.enterat.com/actualidad/esperanza-vida-espana.php>).

rabilidad y progresiva dependencia cuando llega a la ancianidad que le hace merecedora de una atención propia por el Derecho actual. Los rápidos cambios sociales y las exigencias de una sociedad cada vez más compleja han aumentado los riesgos para las personas mayores, sobre todo de los ancianos. El enfoque civil de esta realidad no es satisfactorio a día de hoy. Aunque la senectud tenga cierta relevancia civil³ no está directamente contemplada en el Código y, si dejamos aparte su inclusión en el derecho de alimentos de ascendientes y la sucesión mortis causa, solo existen referencias indirectas como la del artículo 251 CC que permite excusarse en el ejercicio de la tutela cuando por edad o enfermedad (...) resultase «excesivamente gravoso el ejercicio del cargo» o la del artículo 193 CC que reduce el plazo general de diez años a cinco para que pueda declararse fallecido al ausente cuando la persona hubiera cumplido setenta y cinco años. En contraste a esta parquedad, la sociedad civil⁴ y la doctrina jurídica vienen reclamando que se le dé un tratamiento específico⁵: Para García Cantero la senectud debería tener un hueco propio y adecuado en las obras generales de Derecho civil⁶ y Rams Albesa⁷ sugiere que se le dé una especial protección al anciano frente a los engaños y abusos que pueda sufrir. Medina Alcoz⁸, por su parte, nos habla de un Derecho de la ancianidad, como conjunto de conocimientos relacionados con las personas de la tercera (o cuarta) edad, transversal e interdisciplinar que si bien no crea una nueva rama dentro del Derecho civil es capaz de modular los límites de las ramas tradicionales. Más

³ La falta de una regulación explícita en el Código, la ausencia de un verdadero consenso doctrinal y los riesgos que para la persona mayor pueden derivarse de ello nos impiden calificar a la senectud como un estado civil propiamente dicho limitándonos a considerarla una condición civil. Mas aventurado es el Prof. García Cantero que lo impulsa claramente enclavado en un concepto moderno de estado civil (GARCÍA CANTERO, *RJN*, 2018, p. 111).

⁴ Tanto el Defensor del Pueblo como la Sociedad Española de Geriátrica y Gerontología y la Asociación multidisciplinaria de Gerontología, han recomendado que «en todo tipo de elaboración legal sea un referente sistemático la persona mayor en situación de dependencia, por cuanto en la legislación actual no se contemplan las especiales necesidades de las personas mayores», Recomendaciones del Defensor del Pueblo e informes de la Sociedad española de Geriátrica y Gerontología y de la Asociación Multidisciplinaria de Gerontología «La atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos». Madrid, 2000, p. 220. (<https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2000-01-La-atenci%C3%B3n-sociosanitaria-en-Espa%C3%B1a-perspectiva-gerontol%C3%B3gica-y-otros-aspectos-conexos.pdf>).

⁵ Aunque aquí recogemos pronunciamientos concretos de varios autores, puede decirse que existe desde hace bastantes años un consenso sobre la necesidad de una profunda reflexión jurídica sobre los temas que afectan a las personas mayores y a la protección que se les debe dispensar como indica Martínez Rodríguez. (MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, 2004, p. 119).

⁶ Postura sostenida en tres de sus obras: GARCÍA CANTERO, *Act. Civ.*, 2010, p. 1607; GARCÍA CANTERO, 1988, p. 295 y en GARCÍA CANTERO, *RJN*, 2018, p. 105.

⁷ RAMS ALBESA, *RCDI*, 2011, p. 267.

⁸ MEDINA ALCOZ, *RDJ*, 2011, p. 76.

recientemente Colmenar Mallén⁹ lamenta que, desde el Derecho romano hasta hoy, nuestro ordenamiento no haya sido capaz de proporcionar una respuesta rápida y eficaz a las numerosas y complejas necesidades de los mayores que por su avanzada edad o por otras circunstancias precisan asistencia.

La Constitución hace expresa mención a la protección de la tercera edad en su artículo 50 y el Estatuto de Cataluña integra a los ancianos con nombre propio entre los colectivos a proteger («niños, jóvenes, personas con discapacidades y ancianos»). También existen leyes autonómicas como la asturiana reguladora de la asistencia y protección de ancianos¹⁰ y las leyes canaria y andaluza que ponen el acento en la necesidad de proteger los derechos de las personas mayores¹¹ pero que no abordan la problemática de su estatus civil (ni podrían hacerlo por la reserva competencial estatal fijada en el art. 149.1.8.º CE sin perjuicio de las comunidades aforadas).

A falta de un tratamiento específico, la protección civil se limita a los ámbitos regulados para las personas discapacitadas que solo les serán aplicables a la persona mayor cuando alcance cierto grado de discapacidad (en sentido estricto) y a las normas sobre modificación de capacidad previstas para déficits de autogobierno (art. 199 y 200 CC). Estas soluciones no son suficientes pues no valen para las personas mayores que no tienen los umbrales de discapacidad o incapacidad requeridos.

Expuesto el interés por acometer un estudio de la regulación civil de la tercera edad, surge la dificultad de concretar los destinatarios, las medidas a aplicar y las circunstancias que las activan. Cuando se habla de persona mayor el abanico de edad y de situaciones puede ser muy amplio sobre todo si se toma como punto de partida la edad de jubilación¹². Además, en sede civil, la protección va ligada a circunstancias como la vulnerabilidad que no depende necesariamente de una edad determinada. Nótese cómo el Derecho catalán prefiere utilizar, en este ámbito, la expresión «ancianos» que la de «tercera edad» resaltando así que la causa de la protec-

⁹ COLMENAR MALLÉN, 2016, p. 406.

¹⁰ Ley asturiana 7/1991 de 5 de abril, reguladora de la asistencia y protección de ancianos (*BO del Principado de Asturias y de la Provincia* 19 de abril de 1991, núm. 89) y su desarrollo en el Decreto 79/1994, de 13 de octubre de centros residenciales, que comentaremos en este trabajo.

¹¹ Canarias (Ley núm. 3/1996, de 11 de julio, de participación de las personas mayores y de la solidaridad entre generaciones. *BO de Canarias* 19 de julio de 1996) y Andalucía (Ley 6/1999 de 7 de julio de atención y protección a las personas mayores. *BO de la Junta de Andalucía* 29 de julio de 1999, núm. 87).

¹² Por ejemplo, la Ley 3/1996 de Canarias aplica el concepto tercera edad a los mayores de sesenta años y admite edades inferiores si fueren pensionistas o estuvieren afectados de incapacidad física, psíquica o sensorial [art. 2.1 a), b) y c)]. También García Garnica identifica los sesenta años como la edad de inicio de la persona mayor (GARCÍA GARNICA, *RDUNED*, 2018, p. 61).

ción es precisamente la fragilidad que resulta connatural en este concepto¹³.

Esta fragilidad no debe derivar solo en un elenco de instrumentos puntuales¹⁴, como serían los contratos de alimentos y de vitalicio, las donaciones modales, la hipoteca inversa y el seguro de dependencia, o los contratos con centro residencial, así como las autotutelas, pactos de acogida o los pactos de convivencia y ayuda mutua, que pese a su indudable interés no son objeto de particular estudio en este trabajo. El Derecho civil debe ir más lejos que ofrecer instrumentos puntuales, debe establecer principios, protocolos e instrumentos generales que diseñen un patrón general protector de la persona mayor, para lo cual proponemos tres medidas:

1.º Permitirle a toda persona mayor el acceso automático a los beneficios de la protección patrimonial de las personas con discapacidad dirigidas a la conservación de su patrimonio y al mantenimiento de su calidad de vida teniendo en cuenta que durante la tercera edad la persona depende básicamente de los sistemas de protección públicos (pensiones) y/o del rendimiento de su patrimonio.

2.º Para las personas mayores no incapacitadas pero vulnerables, introducir garantías para actos negociales relevantes sobre todo si hay riesgo para su patrimonio. Serían medidas aplicables según un criterio mixto a aquellas personas mayores que, además de tener cierta edad, acusen fragilidad, discapacidad, reducción de su capacidad de comprensión o de respuesta, en otras palabras, que tengan limitaciones.

3.º Finalmente, para la protección del incapaz natural, proponemos avanzar hacia un sistema más respetuoso con la persona fortaleciendo dos instituciones que actualmente tienen menor peso jurídico pero que están llamadas a desempeñar un papel relevante en la adaptación del Derecho español a la Convención Internacio-

¹³ El nuevo Código de Consumo de Cataluña aprobado por Ley 22/2010, de 20 de julio (art. 111.2.c) los integra así entre los colectivos especialmente protegidos cambiando en este punto la dicción de la anterior Ley de consumo de Cataluña de 3/1993, de 5 de marzo, en cuyo artículo 24 instaba a los poderes públicos a adoptar medidas que tuvieran en cuenta las necesidades de la «tercera edad», atendiendo a «las posibles limitaciones de cualquier orden de este colectivo». La Ley de 2010 prevé, además, en su artículo 262.10, dotarles de una mayor protección mediante una regulación reglamentaria, lo cual manifiesta la trascendencia que puede llegar a tener en el ámbito del derecho de consumo aunque tenga este artículo suspendida su vigencia y aplicación por la interposición de un recurso de inconstitucionalidad [STC (Pleno) JUR/2015/239027].

¹⁴ Cuya enumeración ha sido realizada por otros autores como MUÑOZ GARCÍA, *RCDI*, 2010, pp. 2687 a 2721; MUÑIZ ESPADA, *RDdeF*, 2001, pp. 91 ss. y MEDINA ALCOZ, *RDP*, 2011, pp. 90-92.

nal de los derechos de las personas con discapacidad (CIPD)¹⁵ –la guarda de hecho y la curatela–.

II. EL ACCESO DE TODA PERSONA MAYOR A UNA PROTECCIÓN PATRIMONIAL

El aumento de la esperanza de vida y la mayor demanda de recursos en una fase vital caracterizada por la falta de ingresos económicos hace que la respuesta civil actual, que se limita a aplicar las reglas tradicionales de alimentos entre parientes y, en su caso, las normas sucesorias, sean «marcadamente» insuficientes, como indica Martínez de Aguirre¹⁶. El legislador debe reconocer expresamente el derecho de toda persona mayor a una protección de su patrimonio y permitirle el acceso automático al marco jurídico protector diseñado por la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad (LPPD)¹⁷.

1. BASE JURÍDICA

Consideramos que hay base legal suficiente para que se pueda construir en nuestro Derecho una protección jurídico civil patrimonial para la tercera edad. Existe una profusión de instrumentos jurídicos de naturaleza muy diversa, internacionales y nacionales, públicos y privados que refieren el derecho de la persona mayor a obtener y gestionar recursos económicos suficientes para llevar una vida digna y participativa. Respecto a los instrumentos internacionales, y a título ejemplificativo, toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado y al seguro de vejez (art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)¹⁸ y a llevar una vida

¹⁵ Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España y publicada en el *BOE* de 21 de abril de 2008, núm. 96. Aunque la Convención no se dirige específicamente al anciano, es de suyo que lo integra en la medida en que puede ser discapacitado y a él se refiere en dos artículos: el artículo 25 centrado en el derecho a la salud y el artículo 28 relativo el derecho de las personas mayores con discapacidad a un nivel de vida adecuado y a la protección social.

¹⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2010, p. 196.

¹⁷ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del CC y de la LEC y de la normativa tributaria con esta finalidad. *BOE* de 19 de noviembre de 2003, núm. 277.

¹⁸ Accesible en http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf. También puede citarse la declaración de la Federación Internacional de la Vejez sobre derechos y responsabilidades de las personas de edad, en la que se apoyó la Asamblea General UN para adoptar su Resolución 46/61 sobre principios a favor de las personas de edad. En Europa la revisión de la Carta Social Europea introduce el derecho a la protec-

digna y participativa (art. 23 de la Carta Social Europea y en el Pacto de San José)¹⁹. Nuestra Constitución, en su artículo 50, sitúa a la tercera edad bajo el amparo de los principios de la suficiencia económica y del bienestar, algo que podría tenerse por un derecho fundamental a la calidad de vida de la persona mayor y en este mismo sentido el Estatuto de Cataluña orienta la actuación pública en materia de vejez hacia los objetivos de que «puedan llevar una vida digna e independiente y participar en la vida social y cultural» así como lograr su «plena integración» en la sociedad mediante políticas públicas «basadas en el principio de solidaridad intergeneracional» (art. 40.6 del Estatuto). Nótese que estas normas no se limitan a prevenir el riesgo de pobreza²⁰ y abandono en personas de edades avanzadas que no puedan garantizarse ingresos por trabajo²¹, sino más bien a proporcionarles herramientas para que tengan cierta calidad de vida en una sociedad del bienestar.

Para alcanzar este objetivo el patrimonio y los recursos económicos propios de la persona mayor deben quedar vinculados a sus necesidades asistenciales, particularmente las que puedan derivarse de su pérdida progresiva de autonomía, evitando que la carga económica recaiga exclusivamente sobre el Estado o la familia²². El Pacto de Toledo, Comisión parlamentaria creada en 1995 para afrontar el déficit de las pensiones, insistió en la necesidad de respaldar los sistemas complementarios de ahorro y previsión social de carácter privado y promover la solidaridad *intra* e intergeneracional y la Comisión Europea

ción social de las personas de edad avanzada y la Recomendación COM (2000) final, de 18 de marzo muestra su preocupación por garantizar la salud y bienestar en un escenario de longevidad creciente. El artículo 25 de la Carta de Niza, en la Unión Europea establece el derecho a la protección de la seguridad social y servicios sociales durante la vejez. (BARRANCO AVILÉS, 2010, p. 581).

¹⁹ En efecto, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales otorga derecho a toda persona a la seguridad social. La Resolución de Naciones Unidas sobre derechos de las personas de edad les concede a estas el derecho a «tener alimentación, agua, vivienda, vestuario y atención a su salud, adecuados mediante la provisión de ingresos, el apoyo de sus familias y de la comunidad y su propia autosuficiencia» (Principios de las UN en favor de las personas de edad, Asamblea General de 16 de diciembre de 1991).

²⁰ Ya solo este aspecto merece que se le preste especial atención a la persona mayor. En el informe de 1975 sobre la situación de las personas mayores en España (informe GAU) se indica que la pobreza está presente en los ancianos «en proporciones escandalosas» lo que activó importantes políticas como los Servicios de Ayuda a Domicilio (SAD) (Libro Blanco sobre atención a las personas con dependencia en España, MTAS). Hoy en día perviven las insuficiencias del modelo asistencial y las decisiones las acaban tomando los familiares a través de soluciones que el mayor rechaza (por ejemplo, ingreso en residencias geriátricas). (BARRANCO AVILÉS, 2010, p. 596).

²¹ ALEMÁN BRANCHO, *GyAPP*, 2013, p. 2.

²² Este es el objetivo de la protección patrimonial establecida de las personas con discapacidad que sea «con cargo al propio patrimonio que permita garantizar el futuro del minusválido...» (Preámbulo de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad).

anima a constituir planes de ahorro para la jubilación²³. El legislador español ha querido fortalecer los espacios de cobertura privada como son los fondos privados de pensiones. El mismo interés por garantizarle a la persona mayor o dependiente el acceso a recursos líquidos que le permitan atender sus necesidades ha propiciado la regulación de instrumentos privados de cobertura de dependencia y la hipoteca inversa (Ley 41/2007)²⁴. Esta última regula una vía específica para que la persona mayor (sea o no dependiente) pueda utilizar parte de su patrimonio inmobiliario para aumentar su renta y disfrutar en vida del ahorro acumulado en inmuebles con un efecto positivo sobre su bienestar, como indica la Ley en su preámbulo (núm. VIII). El acceso a estos productos financieros, sin embargo, encuentra diversos obstáculos²⁵ por depender de la oferta que se haga por parte de las entidades, mayormente bancarias, lo que limita su accesibilidad en el mercado, inexistente en España desde el año 2013 hasta septiembre de 2018²⁶.

2. DIFICULTADES PARA EL ACCESO A LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LA LEY 41/2003 (LPPD).

Como hemos indicado *ad supra*, el primer obstáculo para la aplicación a la persona mayor del marco jurídico social y civil de la persona con discapacidad es que está reservado para quienes se encuentren en determinados umbrales de discapacidad por padecer una minusvalía física o sensorial del 65% o psíquica del 33% (art. 2.2 LPPD), (discapacitados en sentido estricto) lo que implica distinguirlos dentro del colectivo general discapacitados (en sentido amplio) y que deberá acreditarse mediante el certificado expedido por la administración correspondiente o por resolución judicial (art. 2.3 LPPD) lo que deja fuera a aquellas personas cuya minusvalía no haya sido determinada o se quede por debajo de dicha graduación. El

²³ Comisión Europea, Libro Blanco «Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles», de 16 de febrero, COM (2012) 55 final. (<https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=7341&langId=es>). Precisamente la incidencia del envejecimiento de la población sobre la economía y las políticas públicas ha sido una preocupación constante en los últimos años en el contexto europeo y particularmente en el español, como consta en el Informe Anual 2018 del Banco de España, recientemente publicado (capítulo IV). Accesible en https://www.bde.es/bde/es/Pie/informe/Informe_Anual_2018.html.

²⁴ 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. (BOE de 18 de diciembre de 2007)

²⁵ SÁNCHEZ VENTURA MORER, *RD*, 2019, pp. 97-120.

²⁶ En 2008 la oferta de Optima Mayores a través del banco portugués BNI fue un éxito y reactivó la demanda y ahora varias compañías como VisaCaixa, Mapfre y Santalucía tienen previsto también lanzar hipotecas inversas..

artículo 227-1.1 CCCat. es más amplio al permitir también la constitución de un patrimonio protegido a las personas dependientes, siempre que lo sean en grado II o III, (dependencia severa y gran dependencia, que suponen un baremo de dependencia de al menos el 50 % y que se da cuando la persona requiere apoyo extenso o generalizado permanente para su autonomía personal, es decir, que precisa apoyo para actividades de la vida diaria), en unos casos tendrán discapacidades incapacitantes y en otros meros deterioros o debilidades leves y, desde luego, no siempre son discapacitados en sentido estricto²⁷ por lo que no todos podrán beneficiarse de la Ley.

A ello se añaden las disfunciones procedentes de los diversos ámbitos privado-público en los que opera la Ley. El grado de discapacidad remite a un procedimiento administrativo del que el Derecho civil es ajeno y en el cual la certificación administrativa del grado de discapacidad tiene un peso enorme, pues de ella depende casi todo el sistema de protección. En este punto, se ha criticado la desconexión entre las medidas protectoras de esta ley y el sistema de capacidad modificada pues los jueces no determinan la discapacidad en los procesos relativos a la capacidad de la persona y tampoco existen tablas que permitan transitar entre cualesquiera medidas tuitivas advirtiéndose desajustes entre ambos ámbitos de protección. La doctrina demanda una norma estatal que establezca correlaciones entre dependencia, discapacidad e incapacitación con objeto de mejorar la atención a los afectados²⁸. Para Ruiz Rico la solución, al menos para el incapacitado, es la de reconocérsele automáticamente como discapacitado en sentido estricto²⁹. Otros autores también han expuesto estas dificultades que quiebran la finalidad de la LPPD de proteger a las personas de cierta edad a las que alude en su preámbulo³⁰.

En consecuencia, colectivos vulnerables como el de las personas de avanzada edad no pueden beneficiarse de estas medidas, aunque tuvieran diagnosticadas enfermedades de largo alcance e incidencia tipo Alzheimer, Parkinson, ELA, esclerosis múltiple, porque las secuelas que producen tardan un tiempo en ser visibles.

²⁷ Como indica esta autora, las asociaciones de afectados piden el reconocimiento del Alzheimer como una enfermedad discapacitante, y no de la vejez, de forma que podamos hablar dentro del colectivo «ancianos» de aquellos que son discapacitados y los que no lo son (MARTÍNEZ GALLEGO, 2004, p. 152).

²⁸ MORETÓN SANZ, *RUCT*, 2007, p. 106.

²⁹ RUIZ RICO RUIZ MORÓN, *Act. Civ.*, 2004, p. 359. Esta autora sigue la interpretación dada por la Dirección General Tributaria en la Resolución de 12 de julio de 2001 que equiparan a los incapacitados con los discapacitados.

³⁰ MONESTIER MORALES, *RFDdG*, 2007, pp. 6 y 7; MINGORANCE GOSÁLVEZ, 2015, p. 139.

La Alianza Española de enfermedades neurodegenerativas³¹ lleva siete años pidiendo que se reconozca a estos pacientes la condición de discapacitados en sentido estricto desde el mismo momento del diagnóstico, algo que les permitiría un acceso automático a la protección social y civil.

En conclusión, la presencia de senilidades y vulnerabilidades ligadas a la vejez o situaciones de ancianidad que puedan prolongarse en el tiempo debería abrir la puerta a una protección patrimonial específica lo que enlazaría con los dos objetivos antes citados: coadyuvar a su autosuficiencia económica y su bienestar, y no recargar el sistema público de pensiones³².

3. PROPUESTAS

En coherencia con lo expuesto, entendemos que debe reconocérsele a toda persona mayor, tenga o no el grado de discapacidad que exige la ley, el acceso a mecanismos especiales de protección patrimonial como bien puede serlo constituir un patrimonio protegido³³ en línea con la LPPD. Herbosa considera que permitir la constitución de un patrimonio protegido para el anciano, sujeto a un régimen especial de conservación y administración de los bienes y con unos beneficios fiscales, es una «respuesta razonable» a una «necesidad real»³⁴ y deben poder constituirlos con antelación a la manera en la que el artículo 223 CC permite a la persona adoptar disposiciones relativas a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor³⁵. También podrían explorarse fórmulas de patrimonios protegidos colectivos para cónyuges (o análoga relación de afectividad) mayores con una clarificación de las consecuencias que la muerte o el divorcio tuviera sobre el mismo y que podría, por ejemplo, continuar su individualidad e integridad tras la

³¹ El 18 de diciembre de 2018, 47 asociaciones de Aedem-Cocemfe, han pedido al gobierno de España que sea reconocida automáticamente el 33 % de la discapacidad cuando reciben el diagnóstico de una enfermedad neurodegenerativa (<http://neuroalianza.org/actualidad/>).

³² La persona dependiente deberá contribuir a los gastos mediante el copago del sistema y de la estructura pública de atención al dependiente (DE ASIS ROIG, 2013, pp. 130-131).

³³ Un patrimonio protegido es una actuación previsoras de indudable interés para la persona anciana que debe facilitársele. Como indica Zurita, «no resulta descartable que los propios mayores, previendo su futura incapacidad, o sus hijos y demás familiares, opten por esta nueva figura de protección de sus intereses económicos, para afrontar la venidera minusvalía con mayores garantías» (ZURITA MARTÍN, 2004, p. 279).

³⁴ HERBOSA MARTINEZ, *Act. Civ.*, 2005, pp. 1952 y 1928.

³⁵ Como indican DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, 2006, pp. 101-103, y MARTÍN AZCANO, 2010, pp. 180-182.

muerte de uno en aras a preservar el bienestar del supérstite. Ello ofrecería tranquilidad a la persona mayor por la suerte del otro³⁶.

Respecto a otras medidas de protección, la Ley LPPD reformó el artículo 822 CC dando un tratamiento especial a la donación y al legado de habitación en favor de los legitimarios con discapacidad y creando un derecho legal de habitación en su favor³⁷ coexistente con los derechos del cónyuge supérstite vía artículos 1406 y 1407 CC. Estas normas resultan difícilmente aplicable al caso del anciano ascendiente por las condiciones que la norma exige. La necesidad de fortalecer la solidaridad intergeneracional sobre todo hacia los padres, de quienes los hijos han recibido tanto, nos llevan a considerar fórmulas de retorno respecto de los bienes dejados por el hijo que fallece. Nuestro sistema jurídico admite ya la reversión de bienes donados al hijo premuerto cuando este muriera sin posteridad (art. 812 CC). Pero una sociedad envejecida debería ser proclive a reconocerles derechos a los padres ancianos que lo puedan necesitar, haya o no legitimarios, y que coexistan con los derechos del heredero, quizá a modo de derecho de habitación como hace el 822, de legado vitalicio de pensión de alimentos (art. 879 y 880 CC) o constituyendo alguna suerte de titularidad fiduciaria sujeta a reserva para que luego esos bienes puedan seguir su curso natural (tipo 811 CC)³⁸. Podría decirse que la carga ética que acompaña el Derecho de familia inclina su balanza en favor del ascendiente (o del cónyuge anciano respecto de los bienes del otro) cuando la tercera generación tenga sus propios ingresos y no lo necesite. Podrían ser ajustes normativos de las instituciones clásicas adaptados a los tiempos actuales sobre la base de los principios de justicia y equidad en las relaciones familiares.

³⁶ Se aprecia en este punto un cambio de tendencia, los mayores no buscan ahora tanto la preservación de los bienes familiares en manos de los hijos como garantizar el bienestar del que sobreviva (MUÑIZ ESPADA, *RDF*, 2001, p. 93).

³⁷ Este artículo introduce, en su primer párrafo, un trato especial a la donación y al legado de derecho de habitación constituido por el causante sobre su vivienda habitual en favor de un legitimario discapacitado que conviviera con él en el momento del fallecimiento, y en el segundo párrafo, atribuye por ministerio de la ley un derecho de habitación en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesitare. Véase comentario en RAMOS MAESTRE, *RDP*, 2013, p. 15.

³⁸ Estas soluciones encajan bien con las modernas reflexiones doctrinales sobre la función que cumple la legítima de los descendientes. Como indica Carrasco Perera la legítima sucesoria tenía un mayor sentido en épocas pretéritas cuando había que atender las necesidades de la prole en momentos históricos en los que la expectativa de vida era baja, sin embargo ahora, en su opinión, «solo deberían tener derechos legitimarios aquellos descendientes que en el momento del fallecimiento del causante se encontraran en situación actual (no posible) de titular un crédito de alimentos contra el causante» (CARRASCO PERERA, *AJA*, 2014, p. 1). A nuestro juicio las legítimas y las expectativas sucesorias de los descendientes son reflejo de los vínculos intergeneracionales y siguen desempeñando su papel en nuestra sociedad, pero debe reconsiderarse cómo pueden incidir factores como el alargamiento de la vida y las necesidades de los ascendientes mayores.

III. LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA MAYOR VULNERABLE

Este epígrafe aglutina otra suerte de medidas, las destinadas a la persona mayor no incapacitada pero frágil y vulnerable, a la que bien se puede denominar como «anciano», «persona de edad avanzada»³⁹ o «persona senil»⁴⁰. Con acierto las leyes autonómicas citadas *ad supra* centran lo específico de su vulnerabilidad en el hecho de que «por razones físicas y psíquicas, tienen enormes dificultades para obtener la protección de sus derechos o, más simplemente, para formular quejas» (Preámbulo Ley asturiana), y buscan garantizar la plena protección jurídica cuando la persona mayor tenga «limitaciones»⁴¹ (Ley Canaria). El Convenio de la Haya, por su parte, los define como adultos que por motivos de edad no se encuentran «en condiciones de velar por sus intereses»⁴². Un buen ejemplo para ilustrar su especial vulnerabilidad en el ámbito negocial nos lo da el artículo 46 de la Ley andaluza de protección de personas mayores que reza:

«Cuando las Administraciones Públicas tengan noticia de que el patrimonio de una persona mayor está siendo objeto de expoliación, bien por sus propios familiares o por terceros, se procederá a comunicarle de forma expresa las acciones judiciales que pueda iniciar, proporcionándole asistencia jurídica si fuera necesario, sin perjuicio del traslado de tales hechos al Ministerio Fiscal⁴³.»

El legislador se muestra, en estas normas, consciente de que la pérdida de facultades y la mayor dependencia juegan en contra del anciano volviéndolo particularmente indefenso, lo que otros pueden aprovechar para obtener atribuciones patrimoniales de forma

³⁹ Expresión que aparece en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios (*BOE* de 30 de noviembre de 2007, núm. 287) y en la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (*BOE* de 4 de noviembre de 2017, núm. 268). También puede encontrarse en normativa local como la reciente Ordenanza de movilidad sostenible de Madrid (*BOCM* núm. 253, de 23 de octubre de 2018) que recoge las personas de edad avanzada como colectivo especialmente protegidos (art. 10).

⁴⁰ Utilizada mayormente en resoluciones judiciales [i.e., SAP Barcelona núm. 34/2014, de 24 de enero, y núm. 60/2018 de 7 de febrero o SAP Madrid núm. 759/2004 de 14 de noviembre)].

⁴¹ La expresión «con limitaciones», empleada por la Ley Canaria 3/1996 (art. 1.f) se refiere a las dificultades que la persona mayor puede tener para la obtención de una plena protección jurídica.

⁴² Artículo 1.1 del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000, de protección internacional de adultos (todavía no ratificado por España) y que eluden el uso de la expresión «incapaces» o «incapacitados».

⁴³ Ley 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores de Andalucía. Citada.

poco honesta⁴⁴ y la jurisprudencia ha invalidado actos dispositivos realizados por aquel bajo presión⁴⁵.

Las manipulaciones, engaños, errores e incapacidades que pueda sufrir la persona mayor vulnerable deben ser contrarrestados con actuaciones basadas en la precaución y la prudencia. Aclaramos que no está en nuestro ánimo sugerir una sujeción automática de todo anciano a condiciones gravosas en el ámbito negocial, como sería el exigirle, por el mero hecho de tener determinada edad que aporte certificados de aptitud mental o documentos similares acreditativos de no padecer demencia o Alzheimer. Nuestra idea, bien al contrario, consiste en adaptar los principios generales de la contratación a la situación de vulnerabilidad de las personas mayores, incorporando acciones protectoras *ad casum* según las condiciones de cada persona, tasadas y basadas en el principio de «interés superior del mayor» y de la buena fe. Concretamente proponemos tres medidas: 1.º Elaborar protocolos de actuación en los actos intervenidos por notarios y funcionarios, 2.º Fortalecer la buena fe y los deberes de información en los contratos celebrados con ancianos y 3.º Vehicular controles preventivos de actos tasados de gran trascendencia cuando existan dudas razonables sobre la capacidad o libertad de la persona mayor no incapacitada.

1. PROTOCOLOS PREVENTIVOS EN SEDE NOTARIAL

En el ámbito notarial es donde se realizan los negocios patrimoniales de mayor relevancia, desde contratos o apoderamientos hasta disposiciones testamentarias o protocolización de testamentos ológrafos⁴⁶. El notario da fe pública del acto y de la capacidad y liber-

⁴⁴ En este ámbito destacan las estafas por apoderamientos abusivos de bienes de personas ancianas en los que se abusa de su debilidad y de incapaces naturales [*vid.*, por ejemplo, STS (Sala Segunda de lo Penal) núm. 1038/2003, de 16 de julio (RJ 2003\6348)], las donaciones o enajenaciones no queridas y los testamentos. Como indica Javato Martín, el apoderamiento y despatrimonialización final del anciano suelen venir acompañados de actividades tendentes a ganarse su confianza, a veces, bajo falsas promesas de cuidado cobijo o convivencia y constituyen verdaderas estafas a los que se aplica el agravante del artículo 250.1.6 CP y constituyen tipos de maltrato al anciano (JAVATO MARTÍN, 2010, p. 132). Antoni Vaquer enuncia el problema de la influencia ejercida sobre el causante vulnerable para captar su voluntad y beneficiarse de la herencia, que en nuestro ordenamiento se soluciona atendiendo a la doctrina de la falta de capacidad y de los vicios del consentimiento. (VAQUER ALOY, ADC, 2015, p. 354).

⁴⁵ La STS de 3 de junio de 2014 que introduce un giro jurisprudencial flexibilizando la causa de desheredación por maltrato viene a considerar como maltrato psicológico o moral el haber forzado a la persona mayor a otorgar donaciones [STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 258/2014, de 3 de junio (RJ 2014/3900)].

⁴⁶ En efecto, el testamento ológrafo ha sido mirado con recelo por la imposibilidad de acreditar la libertad del testador cuando es un anciano vulnerable y dependiente. De hecho, el artículo 412.5.2 CCCat lo restringe como vía para beneficiar en la sucesión a las

tad del otorgante⁴⁷, un juicio que constituye en la práctica «una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud solo destruible por una evidente prueba en contrario»⁴⁸. Por ello, una vía idónea para proteger a la persona en los últimos años de vida, cuando su capacidad natural pudiera estar mermada o condicionada por sus urgentes necesidades vitales⁴⁹ sería establecer protocolos de actuación que ayuden a detectar si está actuando con suficiente conciencia y voluntad en el tráfico jurídico⁵⁰.

Si atendemos a la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad (CIPD)⁵¹ las salvaguardias en la tercera edad deben ir dirigidas principalmente a poner a su alcance los medios que necesite para tomar decisiones bajo el peso de sus circunstancias vitales sin que se les pueda privar anticipadamente de su poder de decidir sobre su esfera personal o patrimonial y se le debe permitir actuar con los apoyos que necesite para prestarlas. La misma CIPD está impulsando fórmulas basadas en el apoyo para la persona sea la protagonista activa de su proyecto vital⁵². En este contexto resulta claro que el notario (o el funcionario interviniente según el caso) puede convertirse, como indica Carol Rosés, «en el apoyo ideal –por su preparación y prestigio– para las personas discapacitadas y vulnerables en el ejercicio de su capacidad jurídica, tal y como exige el artículo 12.3 de la Convención»⁵³ y que podría configurarse incluso como una suerte de ombudsman social con funciones especiales de vela sobre las personas mayo-

«personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de las mismas que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual», pudiendo ordenarlo solo en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio.

⁴⁷ Artículo 17 bis de la Ley Orgánica del Notariado, prescribe que «el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado» (Ley de 28 de mayo de 1862, Orgánica del Notariado. *BOE* de 29 de mayo).

⁴⁸ STSJ Cataluña de 21 de junio de 1991 (RJ 1991/3908). La capacidad del que realiza el acto, que ya de por sí se presume, en aplicación de los principios *favor negoti* y *favor testamenti*, es reforzada por la jurisprudencia en el caso de testamentos notariales SSTS (Sala Primera de lo Civil) de 7 de octubre 1982 (RJ 1982/5545) y de 10 de abril 1987 (RJ 1987/2549). Con todo, el juicio del notario autorizante no constituye una prueba absoluta de la capacidad del otorgante.

⁴⁹ ARSUAGA CORTAZAR, *RFyS*, 2015, p. 18.

⁵⁰ GÓMEZ GARZAS, 2007, p. 221.

⁵¹ La Convención recoge expresamente la cuestión del anciano en dos artículos: el artículo 25 (centrado en su derecho a la salud) y el artículo 28 (relativo el derecho de las personas mayores con discapacidad a un nivel de vida adecuado y a la protección social).

⁵² Y en este sentido contamos con diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo. Sirvan como ejemplo los Autos del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2008 (RJ 2009/288), de 19 mayo 2009 (RJ 2009/2927), 21 enero 2009 (RJ 2009/553), de 11 mayo 2010 (RJ 2010/3691) núm. 2/2011 de 3 febrero (RJ 2011/4383).

⁵³ CAROL ROSÉS, *RCDI*, 2017, p. 3249.

res, como indica García Garnica⁵⁴. Este apoyo se concreta en una suma de pasos a seguir ante indicios de vulnerabilidad o necesidades detectadas, sin que ello cierre la puerta a una eventual reclamación de nulidad si resultara que la persona carecía de capacidad natural (art. 1300 CC en relación con el art. 1261 CC).

1.1 Indicadores de vulnerabilidad

Una actuación previsoras debe activarse ante toda persona mayor vulnerable. Insistimos que no se trata de privársele de sus derechos por ser anciano o por «la mera constatación de una enfermedad o demencia previa o posterior o la edad avanzada o senectud»⁵⁵ sino de proveerles de cautelas y remedios para que puedan expresar su voluntad de forma consciente y libre, dotando de garantías al acto en la medida en que sea realizado por una persona vulnerable que esté poniendo en peligro su suficiencia económica y su bienestar.

La edad sería el primer indicador de vulnerabilidad, aunque puntualizamos que la protección negocial aquí referida debe ligarse más a la incidencia de la edad que a la edad misma. Sentado esto, tampoco cabría hablar de persona mayor si esta no hubiera alcanzado determinada edad, ¿cuál podría ser esta?. Si atendemos al Código civil, parece que establece un punto de inflexión jurídica en los 75 años, al reducir el plazo para la declaración de fallecimiento de diez a cinco años (art. 193 CC). Esta misma edad es tomada en cuenta por la doctrina para determinar el inicio de la edad senil⁵⁶. Por su parte, la jurisprudencia, atendiendo a diversas jurisdicciones (penal, administrativo, civil), ha atribuido la denominación de anciano a personas de 70 años en adelante⁵⁷, que

⁵⁴ (GARCÍA GARNICA, *RDUNED*, 2018, p. 89). En este punto la autora recoge las propuestas de Castro Girona Martínez (nota al pie 56).

⁵⁵ ALVAREZ LATA, 2009, pp. 1-3.

⁵⁶ MEDINA ALCOZ, *Act. Civ.*, 2010, p. 1111.

⁵⁷ Sin pretender ser exhaustivos recogemos diversos pronunciamientos jurisprudenciales que asocian el término anciano a una edad determinada: 70 años [SAP Castellón núm. 38/2006 de 14 de marzo (JUR 2006/237158)], 71 años [SAP Valencia núm. 545/2001, de 16 de julio. (JUR 2002/2810)], 75 años [SAP Granada núm. 550/2009 de 30 de octubre JUR 2010/71536, o en SAP Madrid, núm. 22/2016, de 25 de enero. JUR 2016/53154], 76 años [SAP Las Palmas núm. 365/2009 de 24 de julio JUR 2009/438240)], 77 años [SAP Barcelona núm. 57/2016 de 16 de diciembre JUR 2016/68407 o en AAP Las Palmas, núm. 170/2009 de 17 de julio JUR 2009/438642)], 78 años [SAP Salamanca núm. 255/2007, de 10 de julio AC 2008/163)], 79 años [AAP Barcelona núm. 342/1996, de 24 de julio (AC 1997/1653); SAP Murcia núm. 75/2006 de 8 de febrero (JUR 2006/161426)]; 80 años [(STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 1139/1994 de 17 de diciembre (RJ 1994/9427), SAP IB núm. 83/2014 de 4 de marzo (JUR 2014/95483)]; 81 años [STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 11/2017 de 19 de enero (RJ 2017/276); STSJ Madrid núm. 512/2015 de 15 de julio (JUR 2015/271565)] y 82 años [(SAP Tarragona núm. 419/2008, de 24 de octubre (JUR 2009/78721)].

podría servirnos igualmente como un punto de partida para valorar la necesidad o no de activar protocolos.

Respecto a los factores circunstanciales de la persona que pueden ser relevantes para activar protocolos, el principal de ellos es su discapacidad. La praxis jurídica de las nulidades negociales nos puede resultar muy útil. Por ejemplo, en la SAP Ourense 12/2009⁵⁸ se dio trascendencia al hecho de que la anciana, a pesar de saber leer y escribir, prestó su consentimiento mediante la impresión de su huella dactilar, acto que no necesariamente supone un actuar reflexivo como lo es una firma manuscrita; este factor nos lleva a detectar un escenario para el que deberían existir pautas uniformes de actuación. También se podrían activar los protocolos si la persona mayor tuviera acreditado un grado de discapacidad relevante civilmente (o en sentido estricto) por superar los porcentajes antes aludidos de la Ley 41/2003 LPPD, como propone Carmen Hernández⁵⁹.

Deberían también poder valorarse las circunstancias en las que se desenvuelve la vida de la persona mayor⁶⁰. En el caso de la SAP de Las Palmas núm. 217/2011⁶¹, la Audiencia tuvo en cuenta que la testadora (Silvia, enferma de Alzheimer) otorgó el testamento bajo la influencia de su cuidadora, siendo que ambas vivían solas en el piso, que había sido otorgado en la casa de Silvia y que la cuidadora había pedido a un testigo que ocultara a los familiares la existencia del testamento. Véase cómo, en estas circunstancias, la testadora realizó el acto desprotegida. Conocer los objetivos vitales, intereses y metas de la persona puede servir para detectar si el acto que se quiere realizar es o no congruente, pues permite ver si «sus fines y sus metas se plantean como posibles en el marco vital en el que transcurre su vida, haciéndose consciente y responsable de su propia realidad, a pesar de las interferencias que los procesos físicos y psíquicos pueden causar»⁶².

Finalmente, debe extremarse la precaución si el acto entrañara un riesgo económico para la persona de edad, es decir, si a resultados de dicho acto quedara expuesto su patrimonio o comprometidos sus intereses. La propia trascendencia del acto, como sería la donación *in extenso* de bienes de gran valor o el otorgar un poder de ruina sin

⁵⁸ SAP Ourense (Sección 1.ª) núm. 12/2009 de 22 enero (AC 2009\462). FJ 3.

⁵⁹ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *RDUNED*, 2006, p. 186.

⁶⁰ No es ajeno al mundo jurídico adoptar medidas a partir de datos relevantes de la situación de la persona. El Tribunal Supremo requiere que los jueces de instancia en procesos de capacidad, que accedan a información relevante de las circunstancias de la persona pues, para poder elaborar el «traje a medida», precisan conocer «la situación en la que se encuentra esa persona en su vida diaria, y cómo se cuida en esa faceta de su vida, para inferir si puede actuar por sí misma o necesita ayuda» [STS, (Sala Primera de lo Civil) núm. 216/2017, 4 de abril (RJ 2017/1505)].

⁶¹ SAP Las Palmas (Sección 1.ª) núm. 197/2011, de 17 mayo (AC 2011\1410).

⁶² GARCÍA MEDINA Y GUILARTE MARTÍN-CALERO, *OSLS*, 2011, p. 13 y en GARCÍA MEDINA, *RA*, 2013, p. 43.

posibilidad real de control debería dar la voz de alarma para la adopción de medidas o cautelas. En el caso de una persona de edad y dependiente, ha de valorarse su interés superior y su protección patrimonial, que debería conformarse como un principio general del Derecho⁶³. Por ejemplo, en el caso de Aurelia Sordi, (heredera de la fortuna de Alberto Sordi) pudo resultar evidente el riesgo que asumía esta, al tener 95 años y carecer de capacidad natural, cuando le otorgó un poder a su chofer con plena disposición sobre su patrimonio. Serrano García⁶⁴ recoge este asunto para ilustrar la desprotección de la anciana que solo quedó amparada cuando los responsables del Banco solicitaron la actuación del Ministerio Público lo que evidencia la necesidad de adoptar garantías cuando la persona de edad vulnerable queda expuesta, extremo este que debería poder ser apreciado por el notario o funcionario interviniente.

Cierto es que, en el caso anterior, la poderdante adolecía de falta de capacidad natural, pero la cuestión fundamental para la protección patrimonial del anciano es la de cómo interpretar el valor de la autonomía cuando está sujeto a limitaciones y vulnerabilidades. En este contexto, como indica García Medina, «la mejor protección viene dada por un justo equilibrio entre autonomía-beneficio-justicia»⁶⁵, que evite el riesgo de expolio de la persona mayor. Ello significa que cuando el anciano está sujeto a vulnerabilidades derivadas de la edad, su voluntad puede estar mediatizada lo que impide que pueda darse a la autonomía, e incluso al cabal juicio, un valor absoluto, debiendo contrarrestarse en ciertos casos con otros valores como son el beneficio o el interés superior del mayor. La dificultad que encierran estos últimos conceptos no es pequeña, como indica García Medina⁶⁶, pues no están concretados legalmente los factores que nos permitan determinar cuándo el acto es de su beneficio o interés, pero tratándose de actos de contenido económico su mejor interés sería el más acorde con el objetivo constitucional de garantizar su suficiencia económica y su bienestar.

1.2 Medidas aplicables

Detectada la vulnerabilidad, deben realizarse actuaciones que auxilien el juicio de capacidad notarial teniendo en cuenta que para

⁶³ GARCÍA PONS, *ADC*, 2013, p. 130.

⁶⁴ SERRANO GARCÍA, *RCDI*, 2015, p. 2599.

⁶⁵ GARCÍA MEDINA Y GUILARTE MARTÍN-CALERO, *OSLS*, 2011, p. 11. En este sentido Carol Rosés resalta la necesidad de encontrar un equilibrio entre autonomía y protección porque tan contrario a los derechos de la persona es impedirles algo que pueden hacer como permitirles algo que no pueden (CAROL ROSÉS, *RCDI*, 2017, p. 3245).

⁶⁶ GARCÍA MEDINA, *RA*, 2013, pp. 41-42.

actuar válidamente en el tráfico jurídico se exige una capacidad mayor que para otros actos (i.e. otorgar testamento) luego debe velarse porque la persona tenga este plus de conciencia y voluntad no compatible con supuestos de reducción de aptitudes cognitivas. Sería conveniente establecer protocolos que incorporen fórmulas para garantizar actos libres, favoreciendo decisiones realmente queridas y auténticas, siempre que la persona las pueda tomar por sí misma, arbitrando medios para prevenir posibles conflictos de intereses o la aparición de vicios del consentimiento.

Gomá⁶⁷ sugiere que el notario tenga con el anciano una conversación informal que le permita evaluar la coherencia y la lógica de su razonamiento y que se quede a solas con él para que este pueda expresar su voluntad sin presiones, algo idóneo siempre que el anciano pueda mantener el diálogo sin la presencia de sus familiares directos⁶⁸; también sugiere la realización de un sencillo test utilizado por los facultativos médicos para cerciorarse de la capacidad⁶⁹. Si fuere preciso, podría requerírsele cumplimentar un cuestionario de datos (discapacidades, dependencias del cuidador, relaciones familiares, entre otros) de mayor o menor calado según los indicios de vulnerabilidad. Los resultados del análisis deben serle comunicados a la propia persona y conservados para atender futuras reclamaciones.

El notario o funcionario interviniente podría auxiliarse de otros profesionales habida cuenta de que es difícil valorar la capacidad de toma de decisiones y la ausencia de vicios del consentimiento en las personas de edad avanzada⁷⁰. Un trabajador social, por ejemplo, podría identificar las necesidades de apoyo de un anciano para realizar un acto concreto y facilitarle medios para comprender el acto jurídico y comprobar que todos los implicados o afectados por el acto (por ejemplo otros familiares que podrían impugnarlo) estén de acuerdo⁷¹. La presencia de agentes sociales que cooperen con el notario o funcionario tiene ya su reflejo en el Código civil, en materia de consentimiento matrimonial. El nuevo artículo 56 CC⁷²,

⁶⁷ GOMÁ LANZÓN, ENSXXI, 2006.

⁶⁸ GARCÍA CANO, 2010, p. 92.

⁶⁹ Se trata del test denominado Short Portable mental Status Questionnaire (SPSMQ), diseñado por Pfeiffer en 1975. Su utilización en el ámbito notarial es apoyada por autores como Fernando Carol Roses, (CAROL ROSÉS, *RCDI*, 2017, p. 3262) o en VERDERA IZQUIERDO, *RCDI*, 2014, p. 1654. Vaquer sugiere emplear los test propuestos en el entorno anglosajón para valorar una posible influencia indebida (VAQUER ALOY, *ADC*, 2015, p. 329).

⁷⁰ Como indica DE SALAS MURILLO, 2010, p. 41.

⁷¹ Así se ha pronunciado recientemente la geriatra Sánchez Castellano. (SÁNCHEZ CASTELLANO, ENSXXI, 2019, p. 13).

⁷² La nueva redacción del artículo 56 vino impuesta a propósito de los problemas interpretativos que generaba la expresión contrayentes «afectados por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales», de la redacción de 2015 (que aún no había entrado en

otorga a los letrados de la AJ, notarios y encargados del RC que tramiten el acta o expediente matrimonial, la facultad de recabar de Administraciones o Entidades de iniciativa social, «la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales, que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes». Entiéndase bien que este artículo no introduce complementos en la toma de decisiones del contrayente, sino que propicia que una decisión pueda ser puesta en práctica pese a las dificultades derivadas de la discapacidad que podrían impedirlo, posibilitando la expresión de su consentimiento. Dicha previsión podría ser aplicable a otros ámbitos que guarden semejanza con el caso anterior, (por ejemplo, la testamentifacción por aquel a quien la sentencia de incapacitación no se lo prohíba expresamente) cuyo escenario jurídico sea la imposibilidad de realizar de otra forma el acto⁷³.

También pueden servirse de facultativos para determinar la capacidad del otorgante en casos excepcionales⁷⁴ y se recomienda que medie la valoración de un geriatra, psiquiatra o neurólogo⁷⁵. Debe tenerse en cuenta que el juicio que se le podría exigir al notario es básicamente el de su apreciación personal fundada en su experiencia, lo cual no significa que deba recurrir constantemente a facultativos para determinar el grado de deterioro del sujeto o, pedirle al sujeto otorgante que aporte informes neuropsicológicos de sus capacidades si tienen determinada edad⁷⁶. Imponerle tal carga por sistema tomando como base la edad resultaría ofensivo y

vigor), en sustitución de la anterior expresión «afectado por deficiencias o anomalías psíquicas» para las que se requiere un dictamen médico sobre su capacidad para consentir. La Resolución Circular DGRN de 23 de diciembre de 2016 indicaba la necesidad de ajustar este precepto a la CIPD pudiendo ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás. La reforma del artículo 56 CC por Ley 4/1917, de 18 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria (BOE de 29 de junio de 2017, núm. 154) y Ley 4/2017, de 28 de junio de modificación de la Ley de Jurisdicción voluntaria (BOE núm. 154, de 29 de junio 2017).

⁷³ En efecto, como manifiesta De Amunategui, dadas las resoluciones judiciales dictadas hasta la fecha y sin discusión posible, el curador no puede completar la capacidad testamentaria ni contribuir a la iniciativa del testador para otorgar testamento, aunque lo indicara expresamente la resolución judicial. (DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, *RDP*, 2018, p. 20).

⁷⁴ El dictamen favorable de los facultativos es requerido preceptivamente en aplicación del artículo 665 CC para el testamento otorgado por incapacitado sin que se haya pronunciado el juez sobre su capacidad para testar, ofrece una presunción *iuris tantum* pudiendo quedar desvirtuada en el procedimiento [STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 848/1998, de 19 de septiembre (RJ 1998/6399)]. En este punto Beltrán de Heredia, ha llamado la atención sobre el hecho de la diferente calificación cuando el dictamen es favorable a la capacidad, en cuyo caso se establece una presunción *iuris tantum* de capacidad, frente al dictamen desfavorable, pues cuando los médicos certifican que no se encuentra en un intervalo de lucidez, sería una presunción *iuris et de iure* (BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *RDP*, 1966, p. 254).

⁷⁵ SÁNCHEZ CASTELLANO, *ENsXXI*, 2019, p. 13.

⁷⁶ VERDERA IZQUIERDO, *RCDI*, 2014, p. 1654.

discriminatorio (art. 14 CE) y solo sería viable como un modo de valoración *in situ* de la capacidad en casos excepcionales.

Con la participación de otros profesionales se produce una evolución de la oficina notarial hacia la integración de equipos pluridisciplinarios (trabajadores sociales, psicólogos o facultativos independientes) que colaboren con los notarios.

2. DEBERES DE INFORMACIÓN Y LEALTAD DERIVADOS DE LA BUENA FE NEGOCIAL

Si el epígrafe anterior va referido a los notarios y funcionarios públicos intervinientes, este se centra en los deberes de información y lealtad que impone la buena fe a las partes durante la formación del contrato. En las sociedades complejas y tecnológicas en las que viven nuestros mayores se incrementan los riesgos de desconocimiento real del producto contratado de ahí la singular trascendencia de la fase formativa del contrato. Algunas normativas, como la sanitaria, la de consumidores y usuarios o la regulación de protección de datos, imponen deberes específicos de información y transparencia en esta fase para coadyuvar a que las decisiones sean realmente queridas y prevenir los vicios del consentimiento. Particularmente la transparencia lleva a imponer nuevas actuaciones tendentes a garantizar la comprensión del contrato, por ejemplo, la reciente ley de crédito inmobiliario, reconoce el derecho del prestatario a un asesoramiento personalizado y gratuito del notario sobre el contenido y las consecuencias del contrato tal y como se deriva de la documentación (art. 14 LCCI)⁷⁷.

Pero la buena fe no se limita a casos excepcionales o negocios complejos, es un principio general de Derecho (art. 7.1 CC) que obliga a la persona a obrar con buena conciencia en el tráfico jurídico en un doble sentido: subjetivo y objetivo o relacional. En sentido subjetivo significa que ignora la lesión que causa en un interés ajeno (arts. 78 o 433 CC)⁷⁸ o que confía en una apariencia jurídica (art. 34 LH), mientras que, en un sentido objetivo o relacional impone un modelo o arquetipo de conducta y una lealtad respecto de la persona con la que se relaciona. Aunque ambas acepciones pueden ser valorables en los negocios realizados con personas de edad avanzada, en este epígrafe nos referimos fundamentalmente a la segunda acepción y a la fase formativa del contrato.

⁷⁷ Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE núm. 65 de 16 de marzo de 2019).

⁷⁸ RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, 2016, p. 405.

Los Principios del Derecho Europeo de los contratos (PECLs)⁷⁹ sitúan a la libertad contractual dentro del respeto a la buena fe y a las normas imperativas que recogen estos principios (art. 1:102 PECLs), ello se concreta: 1.º en el deber de proporcionar o comunicar a la otra parte cierta información, atendiendo a diversas circunstancias tales como si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia (letra a) o si podía razonablemente obtener información por sí misma (letra c), teniéndose el no proporcionarla como actuación dolosa (por ocultación maliciosa de la información) (art. 4:107 PECLs) y 2.º en el deber de tener en cuenta los derechos de la otra parte, particularmente para las cláusulas no negociadas de manera individual que causen, en perjuicio a la otra parte y de forma contraria a la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones derivados del contrato (art. 4:110 PECLs).

¿Cómo puede aplicarse este principio al caso del anciano? incorporando especiales deberes de información y lealtad. La Ley de crédito inmobiliario se ha hecho eco del deber de las partes contratantes de comportarse con honestidad y franqueza teniendo en cuenta los intereses del prestatario⁸⁰, algo que puede predicarse con mayor razón cuando se trata de un anciano sujeto a problemas de salud, aunque mantenga incólumes sus facultades mentales⁸¹. Así, se entiende deshonesto y por tanto contrario a la rectitud de comportamiento que impone la buena fe, aprovecharse de la inexperiencia o ignorancia del débil para realizar captaciones de su voluntad. Si un pequeño inversor se fía de la información suministrada por los empleados del banco no deberá soportar su falta de diligencia o ingenuidad, pues, en definitiva, el Derecho no tiene por qué ser más protector de «los astutos que (defensor) de los confiados»⁸².

En el contexto de la última crisis económica, la jurisprudencia ha llegado a reprocharle a las entidades bancarias el ser insensibles a la situación en la que se encontraba la persona anciana, a veces no capacitada para entender un producto financiero⁸³ o para emitir

⁷⁹ Principios del Derecho Europeo de los Contratos, Comisión de Derecho Europeo, Olé Lando (<http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>) *Vid*, artículo I-1:103 del Marco común de referencia (Draft Common Frame of Reference) y comentario en CUADRADO PÉREZ, *RCDI*, 2014, pp. 1724-1725.

⁸⁰ El artículo 5 LCCL, antes referida, impone a los prestamistas e intermediarios el «actuar de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, respetando los derechos y los intereses de los prestatarios». Nótese cómo el artículo incluye una referencia expresa al respeto de los intereses del prestatario.

⁸¹ SAP Madrid núm. 207/2017, de 30 mayo (JUR 2017\184954).

⁸² STS (Sala de lo Civil) de 26 octubre 1981 (RJ 1981\4001).

⁸³ Recordamos aquí el principio de transparencia obliga a informar, con un lenguaje claro y accesible, de manera que la persona pueda entenderlo y tomar la decisión de forma correcta. La Ley de Condiciones Generales impone en los contratos con condiciones gene-

una declaración de voluntad y el ser «indiferentes al hecho de que sus condiciones personales no fueran las idóneas para suscribir dicho producto»⁸⁴. En otras ocasiones, se ha puesto el énfasis en que el anciano tenía «poca instrucción y sin conocimientos financieros, menos aún en productos tan novedosos en aquella época»⁸⁵. Son factores que deben guiar la actuación de las partes en relación con contratos en los que intervengan ancianos propiciando una correcta información y comprensión del negocio, por ejemplo haciéndole ver las repercusiones de manera que lo entienda, facilitando que el acto sea realmente querido⁸⁶.

La falta de información o la reticencia dolosa deben llevar a aplicar con el máximo rigor las reglas relativas al consentimiento «no idóneo»⁸⁷ y a los vicios del consentimiento como indica García Rubio⁸⁸. Para Arsuaga⁸⁹ el dolo es la categoría que «mejor se acomoda» a la invalidez de los actos o contratos celebrados por el anciano que se ve inducido, por las palabras o maquinaciones insidiosas del otro contratante, a celebrar un contrato que no hubiera realizado⁹⁰. De la misma manera lo entiende la jurisprudencia que le da trascendencia anulatoria a la debilidad de una persona mayor: La STS de 28 de septiembre de 2011⁹¹ anula, por dolo, la donación hecha por una mujer de edad que al verse sorprendida en la notaría y en presencia de sus nietos firmó las escrituras de donación preparadas por su hijo que incluían otros inmuebles distintos de los que ella pensaba donar, en este contexto el tribunal consideró que la anciana se encontraba ante una situación sorpresiva que le llevó a prestar un consentimiento bajo la presión que imponían las circunstancias y encontrándose en un estado emocional provocado por una situación deliberada para arrancar su consentimiento de una forma irreflexiva y errónea (...). El Tribunal valoró el hecho de que se trataba de persona de avanzada edad y dependiente que no pudo «hacer frente al conflicto emocional que le planteaba la dona-

rales un control de transparencia regulado (art. 5.5 LCGC), que lo vuelve ineficaz cuando carezca de claridad, sencillez y comprensión.

⁸⁴ Sentencia del JPI de Gijón núm. 120/2013, de 10 julio (AC 2014\1196).

⁸⁵ SAP A Coruña núm. 81/2017 de 20 marzo (JUR 2017\124718). En este sentido *vid* SAP Pontevedra núm. 29/2016, de 21 de enero (JUR 2016/1056222)

⁸⁶ GARCÍA CANO, 2010, p. 92.

⁸⁷ STS (Sala Primera de lo Civil) de 14 de febrero 2006 (RJ 2006/885). *Vid* TENA PIAZUELO, 2010, p. 161.

⁸⁸ GARCÍA RUBIO, *RDC*, 2018, p. 39.

⁸⁹ ARSUAGA CORTAZAR, *RFyS*, 2015, p.18.

⁹⁰ Y en algunos casos no solo «dolo civil por omisión de información que permite la anulabilidad del contrato, sino que la entidad comercializadora del producto puede presuntamente haber incurrido en otro tipo de dolo de mayor entidad y gravedad» (SJPI Mataró, 5 de febrero de 2013, AC 2013/185).

⁹¹ STS (Sala Primera de lo Civil), núm. 658/2011, de 28 de septiembre (RJ 2011/6586).

ción, cuando se vio en la tesitura de firmar la documentación que le fue presentada en la notaría, por lo que plasmó su firma aún sin desearlo».

Como el efecto fundamental del vicio del consentimiento es la nulidad (relativa) se estarían reforzando por esta vía los medios de defensa del anciano y la restitución de lo suyo. Aún más, podrían disponerse fórmulas indemnizatorias más amplias comprensivas del daño moral, como sugiere Rams Albesa, que propone orientar los efectos de la contravención hacia la nulidad y el abuso de posición dominante y garantizarles la más plena restitución de sus bienes «con fijación de responsabilidades que incluyan amplios daños morales, pues el engaño y el abuso de confianza quiebra seriamente el equilibrio anímico de los ancianos y deja secuelas para la autoestima de muy difícil reparación»⁹².

3. AUMENTO DE LAS GARANTÍAS LEGALES PARA ACTOS DE SINGULAR RELEVANCIA

A los protocolos genéricos para casos en los que existan indicios de vulnerabilidad y a la aplicación de las reglas de la buena fe y los vicios del consentimiento respecto de la «persona débil», podrían sumarse algunas garantías judiciales para actos de singular relevancia. No se trata, como indicábamos en la introducción, de privarle a la persona mayor de su derecho a realizar actos jurídicos por el mero hecho de haber alcanzado una concreta edad pues, como nos dice el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de noviembre de 1928: «ni el Derecho ni la Medicina consienten que, por el solo hecho de llegar a la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerar demente», siendo insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano «decrépito y achacoso»⁹³. En cambio, entendemos admisible *de lege ferenda* introducir un control preventivo en los actos de especial trascendencia que quieran realizar personas vulnerables por motivos de edad cuando tomen decisiones contrarias a su interés objetivo. La doctrina ha sugerido ya algunas de las ideas que presentamos en este epígrafe:

Una vía podría ser invertir la presunción de capacidad cuando la aptitud de la persona necesitada de apoyos suscitase serias dudas. Romero Coloma entiende que «allá donde se otorgue un testamento sumamente complejo, por una persona anciana, e ingresada,

⁹² RAMS ALBESA, *RCDI*, 2012, p. 267.

⁹³ *Vid* reproducciones del fragmento en BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *RDP*, 1966, pp. 254-260 y en ROMERO COLOMA, 2013, p. 248.

además, en un centro psiquiátrico, la presunción de capacidad de testar, (...) se invierte en el sentido de estimar que en estas circunstancias especiales –un tanto excepcionales, diría yo–, el testamento no es válido por incapacidad»⁹⁴. Esta solución no nos parece la más acertada por el riesgo de que el anciano acabe viéndose obligado sistemáticamente a acreditar su capacidad por meros motivos de edad.

Otra posibilidad sería introducir controles o restricciones a la libre disposición de su patrimonio personal o de algunos bienes particularmente valiosos como su vivienda habitual⁹⁵. Algo hay previsto en este sentido pues el artículo 634 CC impone al donante reservarse «en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias». Esta norma protege a la persona de los impulsos de liberalidad excesivos o de las captaciones de su voluntad, pero no le impone al notario ningún deber de averiguar qué bienes integran la reserva. Ello es comprensible para evitar las trabas al tráfico jurídico económico, pero hace que las reglas tengan virtualidad solo cuando alguien, acreditando la insuficiencia de la reserva, solicite judicialmente la reducción de la donación por inoficiosa.

Creemos, finalmente, que antes que imponer prohibiciones legales para los actos patrimoniales de la persona mayor es preferible sujetar ciertos actos a autorización judicial cuando la persona mayor resulte vulnerable. Muñoz García se muestra partidaria de arbitrar sistemas de autorización judicial para actos de disposición que afecten directamente al patrimonio del mayor y que obtendrían la máxima tutela⁹⁶. Santos Urbaneja⁹⁷ sugiere incorporar procedimientos de autorización de actos y negocios jurídicos concretos relativos a personas cuya capacidad natural está mermada para evitar el recurso a la incapacitación total. Este sistema haría más transparente el motivo que lleva a los familiares a incapacitar al enfermo y, en definitiva, permitiría obtener la protección de una forma más rápida, con control judicial y limitada al acto jurídico concreto que se quiere realizar, particularmente los prevenidos en

⁹⁴ ROMERO COLOMA, *RJN*, 2010, p. 665.

⁹⁵ La vivienda es objeto de especial protección constitucional (art. 47 CE) y debe quedar singularmente protegida cuando se trata personas mayores. La especial gravedad que supone aprovecharse de la vulnerabilidad del anciano para privarles de su morada ha sido objeto desde hace años de una especial preocupación por la doctrina penal y administrativa. No es el lugar para hacer una exposición de esta problemática pero sí resaltar la mayor gravedad que tienen conductas tales como el asedio inmobiliario cuando se trata de anciano que está sujeto a especiales factores de vulnerabilidad, y que se caracterizan por su invisibilidad social y «su ausencia de voz asertiva en la moderna sociedad» (HERRERA MORENO, 2010, p. 220).

⁹⁶ MUÑOZ GARCÍA, *RCDI*, 2010, p. 2689.

⁹⁷ SANTOS URBANEJA, 2009.

el artículo 271 CC que se plantean pocas veces en la vida. Esta propuesta tiene indudables ventajas pues ofrecería seguridad jurídica evitando futuros conflictos o el aprovechamiento de la fragilidad del anciano⁹⁸ pero es más apropiada para los casos de falta evidente de autogobierno.

IV. LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA MAYOR INCAPAZ

Recogemos aquí una serie de propuestas referidas a la modificación judicial de capacidad. La pregunta inicial que debemos formularnos si es la mejor solución para el anciano incapaz es la de promover su incapacitación. Algún autor considera que sí, que propiciar la puesta en marcha de estos remedios judiciales es la mejor opción para que el anciano vea protegidos debidamente sus intereses personales y patrimoniales⁹⁹ sin embargo, no parece ser este el sentir mayoritario como lo muestra el escaso número de incapacitaciones de ancianos seniles. Diversos factores explican este hecho como son que el procedimiento resta operatividad práctica a la institución por su rigidez, lentitud y complejidad lo que desincentiva que se acuda al mismo ellos¹⁰⁰ o que existe un excesivo peso del juez ordinario y escasa permeabilidad a las propuestas provenientes del derecho público como indican Natalia Alvarez Lata y Jose Antonio Seoane¹⁰¹. A ello se añade el rechazo social a incapacitar a padres o familiares¹⁰² e incluso los profesionales como jueces o facultativos que los atienden y que están obligados por ley a poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 757.3 LEC) han incumplido sistemáticamente esta obligación, dándose «un choque entre un *desideratum* (que toda persona susceptible de estar incapacitada lo esté) con una base legal bien clara, y un cierto pudor de la conciencia de esos profesionales, respecto a lo que todavía parece un “ataque” a la intimidad del individuo y al individuo mismo»¹⁰³.

⁹⁸ VIVAS TESÓN, *RDUNED*, 2010, p. 572.

⁹⁹ DÍAZ PARDO, *La Ley DF*, 2014.

¹⁰⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2010, p. 205. En la misma línea, indica Jiménez Clar que «la propia configuración de estas enfermedades y el entorno en que se producen da lugar a que los mecanismos correctores previstos por el legislador carezcan de la necesaria agilidad» (JIMÉNEZ CLAR, *RJCV*, 2003).

¹⁰¹ ÁLVAREZ LATA y SEOANE, *DPyC*, 2010, p. 13.

¹⁰² Tanto la propia persona anciana como sus familiares son reacios a acudir a la modificación de capacidad por considerar al procedimiento, si no vejatorio «sí al menos incómodo y muy doloroso, originando contradictorios sentimientos de culpabilidad» (MUÑIZ ESPADA, *RDF*, 2001, p. 66); pesa todavía sobre este procedimiento el hecho de que hasta su reforma en el año 1983 iba dirigido a los «locos».

¹⁰³ DE SALAS MURILLO, 2003, p. 272.

La Resolución del Consejo de Europa sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados¹⁰⁴ entiende que esta situación solo es admisible cuando la persona tenga muy afectada su capacidad de autogobierno y quede acreditado, «con toda evidencia» que es la protección más idónea, (Principio 3). La propia excepcionalidad con la que se configura este remedio, es un indicio de que no es la solución *a priori* o por defecto siendo preferible siempre soluciones que no restrinjan la capacidad de la persona. Por ello, debemos limitar la modificación de capacidad a aquellos casos en los que no sea posible mantener el *status quo*. Desde este presupuesto, la mejor opción para la persona de avanzada edad y salvo patologías graves, será la curatela pues aunque tenga afectadas algunas funciones «cognitivas, de memoria, de pensamiento abstracto, de juicio, de lenguaje, de la capacidad para realizar tareas físicas complejas, de identificación y reconocimiento de personas y cosas, de elaboraciones mentales objetivas y cambios de personalidad»¹⁰⁵, conserva «intactos o poco alterados los mecanismos de alerta y los niveles de conciencia»¹⁰⁶, por tanto, en la generalidad de los casos, bastará recurrir a sistemas curatelaes salvo que haya enfermedad severa. Como indica la STS de 27 de noviembre de 2015 «la senilidad o senectud como estado fisiológico, es diferente a la demencia senil como estado patológico»¹⁰⁷. Así, en unos casos, podrá tomar decisiones pese a la disminución clara de su capacidad natural con los apoyos del curador y en otros no podrá y será preciso que otro actúe en su interés.

La preferencia por la curatela¹⁰⁸ se enmarca en un panorama de fuertes críticas a la tutela como institución para el apoyo al ejerci-

¹⁰⁴ Resolución del Consejo de Europa núm. R (99)4 sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados Adoptada el 23 de febrero de 1999, [accesible en: <http://sid.usal.es/idos/F3/LYN10470/3-10470.pdf> (consultada el 13 de marzo de 2018)].

¹⁰⁵ Definición dada por AFADES en *Enfermedad de Alzheimer y demencias afines. Necesidades detectadas*, Documentos de Bienestar Social, Gobierno Vasco, Vitoria, 1999, p. 45.

¹⁰⁶ *Idem.*

¹⁰⁷ STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 1017/1995, de 27 de noviembre (RJ 1995/8717).

¹⁰⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Instrucción núm. 3/2010 sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas (*La Ley* 3618/2010). También la jurisprudencia destaca el papel de la curatela sobre todo en el marco de la CIPD para lo cual véanse la STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 216/2017 de 4 de abril (RJ 2017/1505), o la SAP de A Coruña (sección 3.ª) núm. 205/2017 de 23 de junio (JUR 2017/202173). Respecto al ajuste a la CIPD de la curatela *vid* STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 544/2014 de 20 de octubre 2014, (Rec. 229/2013) y, particularmente, la STS de 29 de abril de 2009 destaca el papel que la curatela está llamada a desempeñar en este campo, por ofrecer un marco graduable y abierto en función de las necesidades y circunstancias de la persona, así como por sus garantías al constituirse mediante un procedimiento judicial y contradictorio.

cio de la capacidad¹⁰⁹. La CIPD es contraria a los sistemas basados en la sustitución de la persona y pide cambiarlos por otros abiertos, inclusivos e integrados por diversas figuras de apoyo de implantación gradual y paulatina, que involucre a los poderes públicos y a la sociedad y que sea diverso, individualizado y centrado en las necesidades de la persona¹¹⁰. En vista de ello se ha recomendado potenciar la curatela ajustando las funciones para evitar cualquier exceso de sobreprotección¹¹¹. Abordaremos estas cuestiones en el marco del reciente Anteproyecto de ley que reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad¹¹² el cual suprime la tutela de adultos como sugería Pallarés¹¹³ y hace interesantes aportaciones sobre la guarda de hecho y la curatela, instituciones que actualmente tienen menor peso y que quiere claramente reforzar, pero no diseña un marco jurídico específico para la persona de edad avanzada y deja sin resolver los conflictos de intereses que puedan surgir.

1. MANTENER EL *STATUS QUO*: LA GUARDA DE HECHO DEL ANCIANO

Como punto de partida consideramos que, para el anciano incapaz, la mejor opción es la solución natural continuista, basada en el cuidado familiar y en la conservación y custodia del patrimonio aplicando los rendimientos a la finalidad de atender sus necesidades. Es deseable que a la vejez se le dé una solución continuista en el seno de su familia que es donde la persona encuentra su princi-

¹⁰⁹ Sirva como ejemplo el documento temático del Comisariado de los Derechos humanos del Consejo de Europa que pide «la abolición de los mecanismos que prevén la incapacitación total y la tutela plena» (Comisariado de los Derechos humanos del Consejo de Europa, «¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial». Estrasburgo, 20 de febrero de 2012, Documento temático (CommDH/IssuePaper).

¹¹⁰ Como indica CUENCA GÓMEZ, *REDUR*, 2012, p. 75. Ideas recogidas también en CUENCA GÓMEZ, BARRANCO AVILÉS, Y RAMIRO AVILÉS, *AFDdeAH*, 2012, pp. 53-80; y en CUENCA GÓMEZ, *AFD*, 2016, pp. 53-83.

¹¹¹ Recomendaciones del Defensor del Pueblo e Informes de la Sociedad Española de Geriatría y Gerontología y de la Asociación Multidisciplinaria de Gerontología, «La atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos», Madrid, 2000, p. 220 (<https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2000-01-La-atenci%C3%B3n-sociosanitaria-en-Espa%C3%B1a-perspectiva-gerontol%C3%B3gica-y-otros-aspectos-conexos.pdf>

¹¹² De 21 de septiembre de 2018, <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto>

¹¹³ Este autor sugirió reservar la tutela como institución de guarda y protección a los menores y dejar la curatela para los mayores de edad, como ya se hacía el Derecho Romano y como recogió el proyecto García Goyena de 1851, o admitir diversas modalidades (curatela de acompañamiento, de representación, de cooperación, de porte general), según el modelo suizo. (PALLARÉS NEILA, *Act. Civ.*, 2016, pp. 1-11)

pal acomodo¹¹⁴ y ello debe priorizarse, facilitando que los parientes puedan asumir la carga de supervisar los cuidados y las necesidades patrimoniales del mayor que los precise¹¹⁵ evitando el desarraigo¹¹⁶. Para el anciano incapaz debe mantenerse, si fuera posible, el *status quo* que determinó cuando tenía capacidad, siempre que ese *modus vivendi* pueda continuar funcionando sin fricciones (por ejemplo, si él mismo colaborara en su cuidado facilitando la labor de su guardador, si tuviera un modesto patrimonio o si precisara solo de medidas de alcance puntual o apoyo para actuaciones concretas)¹¹⁷. Este mismo efecto se puede conseguir con la guarda de hecho, que da una solución continuista y sin fricciones cuando la persona tenga bien organizada su vida y resulte innecesario el proveer a su incapacitación. Además es una institución que cubre «la infinita variedad de formas de asistencia que originan las situaciones o dependencias propias de la ancianidad»¹¹⁸ y puede abarcar tanto la esfera patrimonial como la personal.

Para aprovechar las ventajas de la enorme versatilidad y utilidad de esta figura la doctrina ha propuesto revestirla de las notas de estabilidad y permanencia y elevarla al rango de institución tutelar. Palacios González¹¹⁹ considera que «debe defenderse una interpretación de la guarda de hecho que excluya la transitoriedad como característica consustancial a esta figura», sin que resulte obligatorio promoverla o constituirla aunque se aprecie causa de incapacitación (salvo que hubiera sentencia previa de incapacitación) por lo que, si no se plantean conflictos respecto al anciano que está atendido en el seno familiar no sería precisa otra medida bastando con facultar al guardador de hecho para asumir las funciones de cuidado personal y gestión ordinaria de sus bienes. Leciñena lo entiende de la misma manera cuando indica la conveniencia de que el juez pueda optar por la mera guarda en lugar de nombrarle un tutor o curador pues «el juez, a la vista de los principios de necesidad,

¹¹⁴ CEAFa y Fundación Sanitas, «El cuidador en España. Contexto actual y perspectivas de futuro. Propuestas de intervención», Pamplona-Barcelona, 2016, p. 17. accesible en: <https://www.ceafa.es/files/2017/06/Estudio%20Cuidadores-1.pdf>. En esta línea van también las leyes autonómicas de protección de la tercera edad que ponen el énfasis en promover la permanencia de los mayores en el contexto sociofamiliar en el que han desarrollado su vida [Art. 1. h) de Ley Canaria 3/1993 citada].

¹¹⁵ La Ley 39/1999 de 5 de noviembre que amplía el derecho a reducción de jornada y excedencia a los trabajadores que tengan que ocuparse de personas mayores y enfermas.

¹¹⁶ En este sentido la Ley de Andalucía, 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores recoge los principios de normalización e integración asegurando la permanencia de las personas mayores en su medio familiar y social evitando su desarraigo.

¹¹⁷ LECIÑENA IBARRA, *RDdF*, 2016, p. 102. Para García Cantero, «quizá baste con que el juez nombre un curador para un asunto concreto o una actividad determinada de la persona discapacitada» (GARCÍA CANTERO, *RDC*, 2014, pp. 67-106).

¹¹⁸ MUÑIZ ESPADA, *RDdF*, 2001, p. 73.

¹¹⁹ PALACIOS GONZÁLEZ, *Act. Civ.*, 2014.

subsidiariedad y proporcionalidad que recoge el texto internacional», puede considerar «que lo procedente no es acordar la sustitución de la voluntad del sujeto con discapacidad, bastando la prestación del apoyo que se precise a través de la persona más cercana a él cual es la de su guardador»¹²⁰. Para Hernández Caballero, dadas las facultades que se les conceden «nada obstaría a una potencial continuidad de esta figura tuitiva, aun sin desconocer que ello supondría la consideración de cargo tutelar»¹²¹.

La guarda tiene actualmente el inconveniente de ser una institución pobremente regulada en nuestro Código lo que hace que los guardadores no encuentran un marco cómodo favorable al desarrollo de su función. Esta deficiencia debe ser subsanada pues una persona mayor que tiene su capacidad natural mermada está expuesta y la mejor forma de prevenir el trato inadecuado es precisamente empoderarla a ella y a sus familiares facilitando que pueda ejercer sus derechos y defenderse, como señala Leturia¹²². Por ello sería preciso arbitrar fórmulas para que puedan ser tenidos por tales y actuar en el tráfico jurídico.

Algunos autores proponen introducir figuras de guarda específicas para la vejez que no requieran de la modificación judicial de su capacidad. Rodríguez Martín¹²³ propone la creación de una curatela para la senectud, en la línea de un *curator minorum*¹²⁴ para evitar que los terceros abusen o se aprovechen del desconocimiento del anciano y de su inexperiencia en el tráfico negocial en una vida cada vez más compleja facilitando la impugnación de los actos no beneficiosos realizados por el curatelado sin la debida asistencia que, a la postre, le resulten perjudiciales. Moreno Trujillo¹²⁵ se inclina por una protección automática del anciano reconociéndole a los hijos una *potestas filii* y Muñoz García ha sugerido retomar instituciones como el Consejo de familia que «dispensaron la máxima tutela a los menores y que ahora también podrían conferir protección a los mayores»¹²⁶. Estas soluciones pueden abrir la vía a

¹²⁰ LECIÑENA IBARRA, *RDdF*, 2016, pp. 99-100.

¹²¹ HERNÁNDEZ CABALLERO, *La Ley*, 2017.

¹²² LETURIA ARRAZOLA, *OSLS*, 2011, p. 3.

¹²³ RODRÍGUEZ MARTÍN, 2015, p. 1543.

¹²⁴ *La cura minorum XXV annis* (figura protectora de los menores de 25 años que, sin embargo, tenían plena capacidad de obrar) aplicada a las personas mayores no incapacitadas, puede servir de inspiración al legislador actual para atender la particular vulnerabilidad del anciano. Los actos realizados por el anciano sujeto a una hipotética *cura minorum* devendrían anulables sin el complemento de capacidad pues esta institución permite vincular al consentimiento otorgado por el menor de 25 años con la asistencia de un tercero sin el cual el negocio será válido, pero podrá ser impugnado (nulidad relativa o anulabilidad) amparándose en la vulnerabilidad derivada de su edad.

¹²⁵ MORENO TRUJILLO, 2009, p. 1.

¹²⁶ (MUÑOZ GARCÍA, *RCDI*, 2010, p. 2689). Si bien respecto a esta afirmación no todos los autores están de acuerdo, dadas las críticas que tuvo su funcionamiento y que

la anulabilidad del contrato perjudicial para el anciano (cuya legitimación activa correspondería a la persona que padeció el déficit de capacidad) pero las soluciones automáticas, sin el rigorismo de la declaración judicial de capacidad, solo podrían caber en casos evidentes de incapacidad natural y con las debidas garantías o servirán a la postre para que el anciano vea restringida su libre actuación por sistema. Estas figuras pueden encajar en el concepto de guarda de hecho, bien reconociendo tipos específicos de guardadores (hijos, etc.) bien como formas especiales de constituir la guarda.

Dados los presupuestos para su existencia, los guardadores necesitarán acudir al juez para obtener habilitaciones singulares *ad hoc* y actuar sobre la esfera del guardado¹²⁷. También podrían buscarse otras fórmulas para que pueda acreditar su condición sin necesidad de acudir al juez. Fábrega¹²⁸ considera admisible, al amparo del artículo 304 CC, que el notario compruebe y fije los hechos notorios sobre los que pueda ser fundada la guarda y levante «Acta de notoriedad» con plenos efectos jurídicos. El avance en la oficina notarial que hemos propuesto *ad supra* permitiría alcanzar un nivel óptimo en la valoración de la situación y condiciones de una persona mayor. Otra cosa es que esta vía no debe servir de cauce para que el guardador actúe libremente sobre los bienes del guardado disponiendo del patrimonio de este sino para acreditar su legitimación en decisiones de mero cuidado personal y de custodia patrimonial.

La actuación del guardador en defensa del guardado o para la toma de decisiones básicas orientadas al cuidado o la gestión ordinaria de sus asuntos, dentro de una línea continuista no debería ofrecer ningún problema. En estos casos bastaría con aplicar algún instrumento jurídico para solventar problemas puntuales sin necesidad de previa modificación de su capacidad (por ejemplo, que se establecieran procedimientos de control o determinadas autorizaciones). Esta solución sería razonable cuando, como indica Elósegui¹²⁹ la persona esté perfectamente atendida y no haya ninguna disfunción en su entorno. Es, por otra parte, el remedio más compatible con el respeto al derecho de la persona a elegir su forma de vida, a la promoción de su autonomía personal y, en cuanto que discapacitada, a los apoyos para las actividades fundamentales de

llevaron a su supresión en 1983 (MORENO-LUQUE CASARIEGO, *DLa Ley*, 1985, p. 1297).

¹²⁷ Por ejemplo, el Auto del Juzgado de 1.ª instancia núm. 5 de Córdoba de 29 de abril (JUR 2013/208043) habilita a los padres de su hijo con síndrome de Down como guardadores permitiéndoles disponer de los fondos de la cuenta bancaria que tiene a su nombre sin necesidad de incapacitarlo judicialmente en aplicación de la CIPD.

¹²⁸ FÁBREGA RUIZ, 2010, p. 307.

¹²⁹ ELÓSEGUI SOTOS, 2010, p. 251.

la vida diaria, criterios consagrados con carácter general en materia de discapacidad en el artículo 3 a) del RD Legislativo 1/2013¹³⁰.

El Anteproyecto de 21 de septiembre de 2018 (art. 261) se inclina por permitir la permanencia del guardador y su acreditación mediante expediente de jurisdicción voluntaria. La medida es interesante, –sin que pretendamos con ello proponer la judicialización de toda guarda lo que acarrearía el colapso de nuestros tribunales– si bien se echa en falta una mejor determinación del efecto que produce su nombramiento y si se permite o no que, en contextos de deterioros cognitivos con guarda judicializada o sin ella, sea válido lo actuado por el incapaz si cuenta con el apoyo de quien de modo habitual le atiende y guarda, sobre todo si entre ellos existe un vínculo familiar fuerte (cónyuge, padres, hijos). Por otra parte, ha de valorarse el efecto de esta habilitación judicial sobre la capacidad del guardado que podría verse mermada *de facto* sin un procedimiento contradictorio que lo determine. Igualmente, deben introducirse garantías que eviten que el guardado quede a merced del guardador y poder detectar si existen fricciones que alteren la línea continuista en la vida del anciano.

Respecto a las situaciones en las que el *status quo* del anciano no puede mantenerse, por ejemplo si fuera necesario adoptar decisiones relevantes sobre su persona o bienes y él mismo ya no pudiera tomarlas y no colaborara ni facilitara su cuidado, –es decir, que precisara medidas nuevas y no las quisiera, compartiera o aceptara, o cuando discrepara del apoyo recibido o de las condiciones en que se ejerce o, finalmente, se dieran otras circunstancias de especial trascendencia– entonces sería preciso recurrir a la modificación judicial de su capacidad.

2. MODIFICAR SU CAPACIDAD: LA CURATELA DE LA PERSONA MAYOR

El aspecto fundamental de la curatela es su función de mero complemento de la capacidad. El curador «no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad»¹³¹, por tanto será un buen remedio

¹³⁰ Este artículo recoge como principio de actuación en materia de discapacidad «el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas». (Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social *BOE* 3 diciembre 2013, núm. 289).

¹³¹ STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 995/1991 de 31 diciembre (RJ 1991/9483) y en posteriores como la STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 341/2014 de 1 julio (RJ 2014\4518).

cuando la persona conserve «un grado de discernimiento, capacidad volitiva y equilibrio suficientes para gobernarse a sí misma»¹³² o esté en «condiciones de regir su cotidianeidad con suficientes garantías para ella misma y sin riesgo para tercero» aunque precisamente por padecer una enfermedad es aconsejable dotarles de «asistencia para los actos de gestión patrimonial de una cierta complejidad».

La curatela es la solución idónea para atender la fragilidad de quienes conservan su memoria, su potencial cognitivo y son dueñas de sus actos aunque poseen trastornos, enfermedades o depresiones que les suman en apatía y les impiden cuidar de sí mismos¹³³ o tengan un deterioro cognitivo no tan severo¹³⁴. Pero esta ventaja se convierte en una traba en casos severos en los que solo las soluciones tutelares basadas en la representación y en la restricción de la capacidad pueden atender sus necesidades e imponer a la persona las rutinas que necesita (desde alimentación, vivienda, obtención de recursos, gestiones, atención a su salud, medicación)¹³⁵. De esta forma, pueden resultar insuficientes las meras funciones de asistencia que integran actualmente la curatela a menos que se reformule en una doble dirección: habilitarla para asumir funciones de índole personal y atribuirle en ciertos casos funciones representativas.

Respecto al primer punto, debe señalarse que la jurisprudencia¹³⁶, aprovechando la flexibilidad de los términos del 287 CC, ha comenzado a otorgar a los curadores funciones de contenido personal¹³⁷ como la supervisión del tratamiento médico (STS de 27 de noviembre de 2014¹³⁸ y de 3 de junio de 2016¹³⁹); con ello mejora sin duda esta figura.

¹³² SAP Barcelona núm. 4/2008 de 2 de enero (AC 2008/674). De la que proceden también las subsiguientes citas entrecomilladas que se recogen en el texto.

¹³³ SAP Asturias núm. 232/2016, de 18 de julio (AC 2016/1524).

¹³⁴ STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 244/2015, de 13 de mayo (*La Ley* 54799/2015).

¹³⁵ ELÓSEGUI SOTOS, 2010, p. 254.

¹³⁶ Es fundamental citar la STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 282/2009, de 29 de abril (RJ 2009\2901) que marca la posición del alto tribunal en lo concerniente a aplicación de la CIPD. *Vid.* comentarios a esta sentencia en De PABLO CONTRERAS, 2009, pp. 555-580 y en GARCÍA PONS, ADC, 2013, pp. 76-80.

¹³⁷ Puede decirse que la curatela estaba pensada para atender necesidades patrimoniales pues si el grado de incapacidad es menor se entiende que lo único que hay que amparar es el patrimonio, sin que sea limitada la actuación del anciano en lo personal, y estos casos serían cubiertos por una curatela (DE COUTO GÁLVEZ, 1999, p. 50).

¹³⁸ STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 698/2014, de 27 de noviembre (RJ 2014\6032).

¹³⁹ STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 373/2016, de 3 junio (RJ 2016\2311). En este caso el Tribunal Supremo declara parcialmente incapacitada a la anciana tanto en el plano personal como patrimonial precisando del apoyo de un curador, cuya intervención será requerida en lo personal en cuanto lo necesite su salud, toma de medicación y autocuidado.

Respecto al segundo aspecto, es ciertamente un escollo que los curadores realicen solo una labor de asistencia puntual a ciertos actos patrimoniales y no puedan sustituir a la persona en la toma de decisiones ni representarle legalmente¹⁴⁰. Los jueces se han resistido a atribuirle a la curatela funciones representativas. La Sentencia TS 995/1991, invocada también en resoluciones posteriores como la 341/2014¹⁴¹ considera que el curador no representa sino que asiste y protege con su apoyo o intervención en aquellos actos que realice el incapaz y estén especificados en la sentencia. Por otra parte, si la característica diferencial entre tutela y curatela radica en que la segunda no atribuye representación, permitiéndola ofrecería el riesgo de solapamiento con la tutela y su desdibujamiento. Sin embargo, De Salas¹⁴² ve posible ir más allá de una mera asistencia y atribuirle a la curatela funciones representativas como se deduce de la Instrucción de la Fiscalía 3/2010 (y hace expresamente la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre¹⁴³ y el art. 223.6 del Código civil de Cataluña¹⁴⁴) y considera incorrecto el axioma tutela = representación con suplencia de la persona e incapacitación total y curatela = asistencia o mero complemento de la capacidad de obrar, incapacitación parcial. Además, contamos con alguna resolución que se inclina por la incapacitación parcial otorgando al curador facultades de administración del patrimonio¹⁴⁵ y que se aplica a personas ancianas incapaces que precisan asistencia para administrar sus bienes.

Realmente, por muy en contra que uno quiera estar de admitir la sustitución de la persona en ciertos casos, es algo inevitable, es

¹⁴⁰ Pereña ha señalado que las carencias de la curatela en materia de representación son tales que es imposible llegar a priorizarla en todo caso sobre la tutela, como se está haciendo. La curatela de incapacitados, denominada impropia, y regulada en el artículo 289 CC es una institución que tiene actualmente carencias en materia de protección de la persona con discapacidad (PEREÑA VICENTE, *RDP*, 2016, p. 14). También De Salas Murillo considera que tal y como está configurada en el Código, carece de utilidad real (DE SALAS MURILLO, 2016, p. 260).

¹⁴¹ STS 341/2014, 1 julio (RJ 2014/4518).

¹⁴² DE SALAS MURILLO, *DPyC*, 2013, pp. 17 ss.

¹⁴³ Ley 13/2006 de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de Aragón. Esta Ley, actualmente derogada, introdujo una curatela con facultades representativas (para determinados actos patrimoniales) o de contenido personal (cuidado de la persona). Actualmente está regulada en el artículo 150.2 del Código de Derecho foral de Aragón aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo.

¹⁴⁴ En el Código Civil de Cataluña aparece claramente la singularidad de la tutela de incapacitados en relación a la de menores de edad y pródigos, pues para estos se dispone que el curador no tiene la representación de la persona puesta en curatela y se limita a completar su capacidad (art. 223.4 CCcat) mientras que se admite expresamente para la curatela de incapaces. (Ley 25/2010 de 29 de julio que aprueba el Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a persona y familia. DO. Generalitat de Catalunya 5 agosto 2010, núm. 5686)

¹⁴⁵ Por ejemplo, SAP Asturias, 232/2016, de 18 de julio (AC 2016/1524).

una imposición de la realidad, como indica De Salas¹⁴⁶ y puede ser una medida absolutamente necesaria. En este punto, el Anteproyecto es partidario de que el curador pueda ostentar funciones representativas permanentes para los casos más graves y que en los menos severos asuman simplemente funciones asistenciales, lo que, aplicado al anciano permitiría ofrecer una cobertura completa.

En conclusión, la solución pasa por poner el énfasis en la graduación de apoyos, como viene reclamándose desde la reforma de 1983¹⁴⁷ y, con un juez cada vez más especializado en medidas proporcionadas a cada caso que se ajusten a las necesidades personales y de administración de sus bienes, la curatela puede dar una respuesta satisfactoria a la protección patrimonial de las personas incapaces.

V. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

Las personas mayores constituyen un colectivo vulnerable y necesitado de protección no regulado específicamente en el Código civil. En sociedades tan complejas como las actuales, una regulación dirigida específicamente a la protección patrimonial de la persona en las últimas etapas de su ciclo vital evitaría los riesgos de pobreza, discriminación y abusos que puedan sufrir. Los términos «persona mayor» o «persona de edad», son suficientemente amplios como para permitirnos un enfoque conjunto de la tercera (y la cuarta) edad si bien no todas las propuestas que aquí se hacen pueden aplicarse por igual a los integrantes del colectivo. Diferenciamos, por tanto, entre las medidas dirigidas a la persona mayor en general y las que solo pueden aplicarse a aquellos en quienes concurren circunstancias especiales de necesidad, vulnerabilidad y fragilidad:

1.º Las primeras propuestas van en la línea de reconocerles ciertos derechos o garantías patrimoniales. Creemos que todo el colectivo, a partir de la edad de jubilación, debería tener acceso automático a los beneficios que establece la Ley de protección patrimonial de la persona con discapacidad sin tener que alcanzar un determinado grado. La finalidad de esta propuesta es que pueda coadyuvar

¹⁴⁶ DE SALAS MURILLO, *RAC-M*, 2018, p. 120.

¹⁴⁷ La STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 341/2014, de 1 julio (RJ 2014/4518) será la creadora de la teoría de que el sistema de protección de la persona afectada por la incapacidad debe ser un «traje a medida». *Vid.* también, SSTS (Sala Primera de lo Civil) de 13 de mayo de 2015 (RJ 2015/2023), núm. 557/2015 de 20 octubre (RJ 2015/4900) o la núm. 373/2016 de 3 junio (RJ 2016/2311). Todo ello significa que las sentencias de instancia deben indicar los concretos actos llevados a cabo por el incapacitado en los que pueda inferir el déficit de autogobierno y la necesidad de apoyo [STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 216/2017 de 4 abril (RJ 2017/1505)].

a su suficiencia económica y su bienestar, como manda el artículo 50 CE cuando depende de los sistemas de protección públicos (pensiones) y/o del rendimiento de sus ahorros. Además, en el caso de personas de avanzada edad y con escasos recursos deben valorarse otras medidas adicionales como atribuirles derechos sobre la herencia de los hijos, tengan o no descendientes. Ello supone un importante cambio de percepción en la sucesión de personas con padres ancianos, inclinando la balanza de la carga ética que acompaña el Derecho de familia en su favor cuando los nietos, ya mayores de edad, no precisan del mismo cuidado y debe tenerse por justo retorno de los servicios que aquellos recibieron de sus padres.

2.º El segundo grupo de medidas que se sugieren en este trabajo son cautelas, deberes y principios que deben implementarse cuando una persona mayor no incapacitada pero vulnerable realiza un acto negocial. Nuestra propuesta consiste en incorporar protocolos y acciones protectoras *ad casum* según las condiciones de cada persona, tasadas y basadas en el «interés superior del mayor» y la «buena fe», adaptando los principios generales de la contratación a la situación de vulnerabilidad de las personas mayores. Aquí utilizamos un criterio mixto para identificar los destinatarios, el dato objetivo de la edad y el subjetivo de la fragilidad, (discapacidad, reducción de su capacidad de comprensión y respuesta) los cuales se corresponden con la fase de ancianidad, senilidad, senectud o vejez de la persona mayor. En este contexto, se abren varias líneas de protección patrimonial:

2.1 Cautelas a adoptar por notarios y funcionarios públicos que intervienen en los actos patrimoniales cuando se realicen actos relevantes o que versen sobre bienes de especial protección, como la vivienda habitual. La identificación previa de vulnerabilidades permitirá valorar si la persona cuenta o no con suficiente capacidad, libertad y con un apoyo confiable y extremar las cautelas cuando tenga dificultades intelectivas y volitivas o menor capacidad de respuesta. Al incorporarse elementos de juicio tomados de la situación contextual de la persona mayor, sus circunstancias, guarda y otros factores y al contar con el auxilio de otros profesionales, podrán detectarse situaciones de incapacidad natural de forma más eficiente evitando futuras impugnaciones negociales. En este último caso, cuando los protocolos revelen que la persona mayor puede tener afectada su capacidad de autogobierno, deberían existir vías judiciales fluidas para que un acto que sea acorde a su interés objetivo pueda realizarse sin tener que modificarle judicialmente el ejercicio de su capacidad.

2.2 Incorporar deberes de información y lealtad en las partes contratantes cuando se contrata con una persona mayor vulnerable

para prevenir posibles vicios de consentimiento. La buena fe impone a quien contrata con un anciano una especial diligencia durante la fase formativa del contrato concretada en el deber de suministrarle la información necesaria y actuar con criterios de transparencia y justo equilibrio de prestaciones. La doctrina de los vicios del consentimiento deberá tener mayor cabida para evitar que se produzcan atribuciones patrimoniales injustas, permitiéndole, en su caso, desligarse de la relación contractual o modificarla cuando quede acreditado que la contraparte no atendió suficientemente los mencionados deberes.

2.3 La defensa de la persona mayor vulnerable podría incorporar restricciones o procedimientos para realizar actos de disposición sobre bienes de especial relevancia en la medida en que el propio patrimonio debe ir dirigido a la finalidad específica de atender su suficiencia económica y su bienestar. En el caso de una persona de edad y dependiente, ha de valorarse su interés superior y su protección patrimonial, que debería conformarse como un principio general del Derecho. La supervisión judicial de ciertos actos cuando la persona acusara limitaciones podría ser una herramienta valiosa siempre que no se trate de prohibiciones basadas en meros motivos de edad o de enfermedad ni supusiera una limitación de la capacidad de obrar de la persona. Sería conveniente alcanzar un equilibrio sobre la base de los principios de «autonomía-beneficio-justicia» limitándose a categorías especiales de bienes o de actos.

3.º El último grupo de medidas concierne a las personas mayores incapaces. En este punto la protección patrimonial depende de la existencia de una institución permanente de protección y apoyo. Un marco protector para la persona de avanzada edad debería ofrecer remedios flexibles basados en el apoyo a la capacidad y sin enojosas restricciones al ejercicio de sus derechos, siempre que ello sea posible, como manda la CIPD. Lo deseable es mantener el *status quo* de la persona reforzando la guarda de hecho y constituir algún sistema tutelar o curatelar reforzado (como mantiene el Anteproyecto de reforma del Código civil de 2018) cuando ello fuere preciso. Respecto a la guarda, consideramos que es necesario potenciar esta figura tuitiva dotándola de continuidad y clarificando sus funciones para convertirla en un remedio útil para las personas mayores que están correctamente atendidas, aunque también deben existir fórmulas para identificar al guardador y clarificar sus funciones y efectos sobre la esfera del guardado. Para los casos en los que la persona necesite mayor protección jurídica debe proveérsele de un sistema tutelar o curatelar reforzado que permita imponerle al anciano las rutinas de alimentación, vestido, cuidado que precise, así como la administración de sus bienes y la defensa de sus derechos, incluida la representación.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEMÁN BRANCHO, Carmen: «Políticas públicas para mayores», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 9, 2013, 20 pp. (Accesible en: <http://www.redalyc.org/pdf/2815/281528255001.pdf>).
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Comentario al artículo 663», en *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, (BIB 2009/7695).
- ÁLVAREZ LATA, Natalia, y SEOANE, José Antonio: «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 2010, pp. 11-66.
- ARSUAGA CORTAZAR, José: «Eficacia de los actos del anciano con voluntad viciada por la intervención de terceros», *Revista Familia y Sucesiones*, núm. 110, 2015, pp. 16-23.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen: «Envejecimiento y discapacidad», en *Estudios sobre el impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, 2010, pp. 573-599.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo: «Incapacidad de testar del que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio», *Revista de Derecho Privado*, 1966, pp. 254-260.
- CAROL ROSÉS, Fernando: «Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentifacción de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 764, 2017, pp. 3242 a 3265.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «¿Te ningunean tus hijos? ¡Desherédalos!», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 896, 2014, p. 1 (BIB 2014/4447).
- COLMENAR MALLÉN, María del Carmen: *Instituciones jurídico-asistenciales y de guarda para mayores discapacitados: derecho romano, recepción y problemas actuales de la necesaria incapacitación judicial*. Universidad Jaime I, Castellón 2016 (tesis doctoral). (Accesible en <https://www.educacion.gob.es/teseo/mostrarRef.do?ref=1206960#>)
- CUADRADO PÉREZ, Carlos: «La responsabilidad precontractual en la reforma proyectada ¿una ocasión perdida? (parte I)», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 744, 2014, pp. 1717-1758.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia: «Derechos humanos y discapacidad: de la renovación del discurso justificatorio al reconocimiento de nuevos derechos», *Anuario Filosofía del Derecho*, núm. 32 2016, pp. 53-83.
- «La capacidad jurídica de las personas con discapacidad», *Derechos y Libertades*, núm. 24, 2011, pp. 221 a 257.
- «El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española», *REDUR*, núm. 10, 2012, pp. 61-94.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia, BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, y RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel: «Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las personas con Discapacidad», *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, núm. 5 2012, pp. 53-80.

- DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: «Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente», *Revista de Derecho Privado*, núm. 102, 2018, pp. 1 a 37.
- «La constitución de un patrimonio protegido por las personas mayores inicialmente capaces en previsión de su futura pérdida de capacidad», en *Libro homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol. 1, Colegio de Registradores de la Propiedad y mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 77-110.
- DE ASÍS ROIG, Rafael F.: *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, 2013.
- DE COUTO GÁLVEZ, Rosa María: *Los problemas legales más frecuentes sobre la tutela, asistencia y protección de personas mayores*, Universidad Pontificia Comillas y Cruz Roja Española, 1999.
- DE SALAS MURILLO, Sofía: «Incidencia de la Ley de la Jurisdicción voluntaria en la regulación relativa a las personas con discapacidad», en *Nuevos modelos de gestión del Derecho Privado: Jurisdicción Voluntaria*, Universidad de Lleida-Aranzadi, 2016, pp. 256-301.
- «Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2018, pp. 71-120
- «Repensar la curatela», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 2013, pp. 11-48.
- «La valoración de la discapacidad en nuestro sistema jurídico: una visión general», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 29.
- *Responsabilidad civil e incapacidad*, Tirant Monografías, Valencia, 2003.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «Obligaciones de los hijos mayores para con sus padres: respeto y contribución al levantamiento de las cargas familiares», *Revista de Derecho Privado*, núm. 5 2015, pp. 35-68.
- DÍAZ PARDO, Gloria: «La incapacidad como procedimiento necesario para la defensa de nuestros mayores», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 2, 2014 (*La Ley* 1576/2014)
- ELÓSEGUI SOTOS, Aurora: «Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 245-256.
- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco: «Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 295-338.
- FILLAT DELGADO, Yolanda, y PINAR ÁLVAREZ, Arancha: «Estudio sobre la situación de la tutela de las personas adultas con discapacidad intelectual en España. Servicios de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica», Asociación Española de Fundaciones Tutelares y Real Patronato sobre Discapacidad, 2016, 122 pp. (Accesible en: <https://www.siis.net/documentos/ficha/529708.pdf>).
- GARCÍA CANO, Tomás: «Función calificador de la capacidad en los documentos notariales», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza 2010, pp. 81-94.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «¿«Persons with disability» vs. Personas incapacitadas... o viceversa? (Inserción del artículo 12 del Convenio de Nueva York, de 2006, en el Ordenamiento español)», *Revista de Derecho civil*, Vol. 1,

- núm. 4, 2014, pp. 67-106. Accesible en <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/94/63>.
- «Notas sobre la «senectud» como estado civil de la persona», en *Libro Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, I, Madrid 1988, pp. 295-308.
- «La senectud entre el Derecho civil y el Derecho social», *Actualidad civil*, núm. 14, 2010, pp. 1607.
- «La senectud: ¿estado civil de la persona?», *Revista jurídica del notariado*, núm. 106, 2018, pp. 103-126.
- GARCÍA GARNICA, María del Carmen: «La protección jurídica de las personas mayores: un reto para el siglo XXI», *Revista de la Facultad de Derecho de UNED*, núm. 23, 2018, pp. 59-97.
- GARCÍA MEDINA, Javier: «Personas mayores y vulnerabilidad de sus derechos. Mecanismos de protección y criterios interpretativos», *Revista Académica*, núm. 2, 2013, pp. 5-49.
- GARCÍA MEDINA, Javier, GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «La Protección Jurídico-Civil de la Ancianidad» (The Legal Protection of the Elderly) (December 5, 2011), *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 1, núm. 8, 2011, 15 pp. (Accesible en <https://ssrn.com/abstract=1968389>)
- GARCÍA PONS, Antonio: «El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con discapacidad y su impacto en el Derecho civil de los Estados signatarios: el caso de España», *Anuario de Derecho civil*, 2013, pp. 59 a 147.
- GARCÍA RIPOLL MONTIJANO, Martín: «La nueva legislación alemana sobre tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo», *Actualidad Civil*, núm. 21, 1999, pp. 553-581.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio». *Revista de Derecho civil*, núm. 3, 2018, pp. 29-60.
- GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen: «La curatela», en *Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela*, Tecnos, 1986, pp. 685-715.
- GOMÁ LANZÓN, Ignacio: «El testamento del anciano», *El notario del siglo XXI*, núm. 8, 2006, <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-8/2896-el-testamento-del-anciano-0-5395799582261406>
- GÓMEZ GARZAS, Jesús: «El juicio notarial de capacidad: especial referencia al deterioro cognitivo en la demencia tipo Alzheimer y otros trastornos afines», en *La protección de las personas mayores*, director, Tecnos, 2007, pp. 216-223.
- HERBOSA MARTINEZ, Inmaculada: «El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *Actualidad Civil*, núm. 16, 2005, pp. 1925 a 1954.
- HERNÁNDEZ CABALLERO, María José: «La guarda de hecho en el panorama tuitivo de las personas con discapacidad», *Diario La Ley*, núm. 8991, p. 2017.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: «La causa séptima de indignidad sucesoria: una medida de protección jurídica para las personas discapacitadas», *Revista de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 1, 2006, pp. 171-198.
- HERRERA MORENO, Myriam: «Ancianidad y vivienda: la evolución del tratamiento jurídico-penal del asedio inmobiliario», en *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 217 a 237.
- JAVATO MARTÍN, Manuel: «El maltrato de las personas mayores. Perspectiva jurídico penal», en *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 68 a 168.

- JIMENEZ CLAR, Antonio J.: «Un sistema de autotutela mediante el apoderamiento preventivo: Los enduring powers of Attorney», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 8, 2003 en TOL 310.218.
- LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «La nueva dimensión de la guarda de hecho de las personas con discapacidad tras la reforma del artículo 303 por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Derecho de Familia*, núm. 73, 2016, pp. 99-100.
— *La guarda de hecho de las personas mayores*, Civitas, 2014.
- LENTI, Leonardo: «Los instrumentos de protección patrimonial del discapacitado: entre administración de apoyo e incapacitación», en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, La Ley, 2011, pp. 495-513.
- LETURIA ARRAZOLA, Francisco Javier: «Los Derechos de las Personas Mayores (The Rights of Elderly)», *Oñati Socio-Legal Series* Vol. 1, núm. 8, 2011, 24 pp.
- MARTÍN AZCANO, Eva María: *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: aspectos civiles*, Tesis Doctoral, Universidad Rey Juan Carlos, 2010.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: «Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 187-220.
- MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María: «Incapacitación de los mayores, tutela y autotutela», en *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, Madrid, 2004, pp. 145-165.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves: «Los mayores como beneficiarios de prestaciones familiares», en *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, Madrid, 2004, pp. 119-144 (*La Ley* 2654/2009).
- MEDINA ALCOZ, María: «La tutela resarcitoria de las personas mayores: el *pre-tium senectutis*», *Actualidad civil*, núm. 10, 2010, pp. 1111-1115.
— «La ancianidad en el Derecho civil», *Revista de Derecho Privado*, núm. 5 2011, pp. 74-101.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, Carmen: *Estudios sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad*, FEPAMIC y Aranzadi, 2015.
- MONESTIER MORALES, Juan Luis: «Legados de habitación a favor de discapacitados: efectos civiles y liquidación tributaria», *Revista electrónica de la Facultad de Derecho de Granada*, 2007, 24 págs. (Accesible en: <http://www.refdugr.com/documentos/articulos/1.pdf>).
- MORENO TRUJILLO, Eulalia: «De la *filii potestas*, una propuesta de solución al problema de la capacidad de obrar del anciano incapaz no incapacitado». En *La protección de las personas mayores: apoyo familiar y prestaciones sociales*, Congreso Internacional La Protección de las personas mayores, IDADFE, Madrid, 2009, CD ROM 17 pags.
- MORENO-LUQUE CASARIEGO, Carmen: «¿Tutela de familia o tutela de autoridad?», *Diario La Ley*, núm. 2 1985, pp. 1297-1301.
- MORETÓN SANZ, María Fernanda: «De la minusvalía a la discapacidad y la dependencia: pasarelas y asimilaciones legales» *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 8 2007, p. 106. (Accesible en <http://www.ruct.uva.es/pdf/Revista%208/8103.pdf>).
- MUÑOZ ESPADA, Esther: «La protección jurídica del anciano dependiente», *Revista Derecho de Familia*, núm. 12, 2001, pp. 49 a 100.
- MUÑOZ GARCÍA, Carmen: «Pactos y garantías idóneas para el aseguramiento del patrimonio del mayor/cedente que deviene en discapacitado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, 2010, pp. 2687 a 2721.

- PALACIOS GONZÁLEZ, María Dolores: «Protección jurídica de las personas con funcionamiento intelectual límite y discapacidad intelectual ligera: medidas judiciales de apoyo y autodeterminación socio-sanitaria», *Actualidad civil*, núm. 10, 2014, *on line*.
- PALLARÉS NEILA, Javier: «Incapacitación: tutela y curatela», *Actualidad civil* núm. 2 2016, pp. 1-11 (*La Ley* 659/2016)
- PEREÑA VICENTE, Montserrat: «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa», *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 2016, pp. 3-40.
- RAMS ALBESA, Joaquín José: «Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, 2012, pp. 254-256.
- RODRÍGUEZ MARTÍN, José Domingo: «Apex senectutis Auctoritas. Notas en torno a la aplicabilidad de la cura minorum romana para la protección de mayores no incapaces en derecho civil actual», en *Estudios de Derecho civil Homenaje al Prof. Rams Albesa*, Dykinson, 2015, pp. 1525-1544.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Testamento y personas ancianas: problemática jurídica», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 73, 2010, pp. 651-671.
- *Capacidad, incapacidad e incapacitación*, Reus Colección Scientia Juríca, Madrid, 2013.
- RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, José María: *Derecho de la Persona*, Dykinson, 2016.
- RUIZ RICO RUIZ MORÓN, Julia: «La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad», *Actualidad civil*, núm. 4, 2004.
- SÁNCHEZ CASTELLANO, Carmen: «Valoración de la capacidad en las personas mayores», en la revista *El Notario del siglo XXI*, núm. 85, 2019, pp. 12-15.
- SANTOS URBANEJA, Fernando: «Realidad actual de los procesos de incapacitación. Alternativas a su regulación. Hacia una protección efectiva». Jornadas AEQUITAS-CEJ, Madrid, 9 y 10 de marzo de 2009.
- SERRANO GARCÍA, Ignacio: «¿Tutela? ¿Apoyo para la toma de decisiones? Bet-tencourt, Sordi, di Stefano», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 751, 2015, pp. 2587-2606.
- TENA PIAZUELO, Isaac: «La capacidad para realizar actos con eficacia jurídica, en la jurisprudencia», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 161.
- VAQUER ALOY, Antoni: «La protección del testador vulnerable», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXVIII, 2015, fasc. II, pp. 327 a 368.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: «La problemática derivada del otorgamiento de testamento por personas ancianas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 744 2014, pp. 1635-1660.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: hacia la despatrimonialización de la discapacidad», *Revista de Derecho UNED*, núm. 7, 2010, pp. 561-595.
- ZURITA MARTÍN, Isabel: *La protección legal de la ancianidad*, Dykinson, 2004.