

Al olmo viejo, hendido por el rayo: el contrato de alimentos y los alertadores de confianza¹

JAVIER PALLARÉS NEILA
Profesor asociado de Derecho civil
Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN

En este artículo, el autor, después de describir dos casos reales en los que tres personas mayores y una persona con discapacidad, utilizaron el contrato de alimentos para recibir cuidados asistenciales durante su vida, se pregunta sobre la posibilidad de que personas sin escrúpulos pudieran estar aprovechándose de su situación de vulnerabilidad para lucrarse. Para ello, se analiza la eficacia de los requisitos que el Código Civil exige en la regulación de este contrato, y se propone la conveniencia de incluir junto a él, la constitución de una medida de apoyo voluntaria, con nombramiento de otra persona como «alertador de confianza», que será quien vele por el cumplimiento del contrato cuando la persona vulnerable no pueda ejercer ya su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos.

PALABRAS CLAVES

Contrato de alimentos; personas mayores; discapacidad; apoyo a la capacidad jurídica; abusos financieros.

To the old elm, split by lightning: the food contract and the trusted whistleblowers

ABSTRACT

In this article, the author, after describing two real cases in which three elderly individuals and one person with a disability used the food contract to

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación PID2022-137330OB-I00 «Voluntad, autonomía y bienestar de la persona mayor: retos jurídicos», de la convocatoria 2022 de los «Proyectos de Generación de Conocimiento» del Ministerio de Ciencia e Innovación, IP Montserrat Pereña Vicente.

receive care during their lives, questions the possibility that unscrupulous individuals might be taking advantage of their vulnerable situation for profit. To this end, the effectiveness of the requirements that the Civil Code demands in the regulation of this contract is analyzed, and the advisability of including, alongside it, the establishment of a voluntary support measure is proposed, with the appointment of another person as a «trusted notifier,» who will ensure compliance with the contract when the vulnerable person can no longer exercise their legal capacity on equal terms with other citizens.

KEYWORDS

Food contract; elderly individuals; disability; support for legal capacity; financial abuse.

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *El contrato de alimentos.*—3. *Exposición y análisis de dos casos reales.* 3.1 Primer caso. 3.2 Segundo caso. 3.3 Denuncia ante la fiscalía.—4. *Cuestiones problemáticas que se advierten en ambos relatos de hechos.* 4.1 La dinámica de la relación obligatoria. 4.2 El *alea* o riesgo del contrato. 4.3 ¿Qué son alimentos? 4.4. ¿Tiene el contrato de alimentos carácter personal? 4.5 Contrato de alimentos en favor de tercero.—5. *Valoración crítica de la situación.*—6. *El contrato de alimentos: salvaguardas y medidas de apoyo.* 6.1 La vulnerabilidad. 6.2 Las medidas de apoyo. 6.2.1 La curatela. 6.2.2 Los acuerdos de apoyo. 6.2.3 Los poderes preventivos. 6.3 ¿*Quis custodiet ipsos custodes?*: los alertadores de confianza. 6.4 Condición y funciones de los alertadores de confianza.—7. *Conclusiones.*—*Bibliografía.*—*Jurisprudencia.*

1. INTRODUCCIÓN

The devil is in the details

Este proverbio inglés, a modo de prolepsis, sería la enseñanza que vanidosamente nos gustaría que quedara tras la lectura de este trabajo, ya que lo que a continuación expondremos es un ejemplo de cómo un negocio lícito, ideado para ayudar a un necesitado sector de la población, puede ser utilizado por terceros sin escrúpulos dispuestos a lucrarse del dolor ajeno.

El diablo está en los detalles. Sí. En Derecho, en la letra pequeña, en los elementos accidentales del negocio jurídico, como lucidamente nos puso de manifiesto Rams Albesa², describiendo los

² «Buena prueba de ello es que el ámbito más frecuente de intimidación lo encontramos en los negocios familiares o en los surgidos en el ámbito familiar o en el de las relaciones amistosas entre familias y que afectan no a la esencia misma del negocio, cuya finalidad suele ser querida, hasta cierto punto, por el anciano intimidado. La intimidación se sitúa entre los elementos temporales, los modales o en los modos y plazos de satisfacción en los negocios onerosos, en elementos que no siempre resultan ser reconducibles a la

abusos que sufren los mayores del entorno de su propia familia, a través del engaño y del abuso de confianza, en los elementos temporales y modales de negocios onerosos.

En este caso nos referimos al contrato de alimentos. Creado por la fuerza expansiva del principio de autonomía de la voluntad e incorporado a nuestro ordenamiento de la mano de una ley destinada a la protección de las personas con discapacidad, ha podido ser utilizado a beneficio propio, para móviles espurios, probablemente delictivos y en todo caso contrarios a la finalidad que motivó su regulación.

Denunciar la posible existencia de estas prácticas y ofrecer soluciones para intentar que hechos análogos a los que a continuación se narrarán, no puedan volver a repetirse, es el objeto principal de este trabajo.

2. EL CONTRATO DE ALIMENTOS

Como ya pusimos de manifiesto³, la Ley 41/2003 en su deseo de regular nuevos mecanismos de protección patrimonial en favor de las personas con discapacidad, no solo introdujo la figura del patrimonio protegido, sino que reformó instituciones que ya estaban incorporadas en nuestro Código Civil e introdujo otras nuevas.

Este fue el caso del contrato de alimentos, que si bien era conocido por doctrina y jurisprudencia⁴, no era objeto de tipificación legal en el Derecho común y que por obra de la meritada reforma pasaría a estar regulado en los artículos 1791 a 1797 del CC⁵.

Por el contrato de alimentos, recoge su artículo 1791 CC, «una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos».

Se trata de una definición esencialmente igual a aquella que bajo la denominación de «vitalicio» ofreció la jurisprudencia⁶

de elementos accidentales del mismo: tanto es así que muchas veces estas “modalidades” constituyen el núcleo central de bastantes negocios familiares. Tales como la renta vitalicia, la donación con reserva de usufructo, el contrato de alimentos, la venta de la vivienda con reserva del derecho de habitación y muchos de los contratos agrarios y de Industria con perfiles asociativos». RAMS ALBESA, *RCDI*, 2011, p. 268.

³ PALLARÉS NEILA, 2017, pp. 383-424.

⁴ Bajo la denominación de «contrato de vitalicio». El Tribunal Supremo ya en una sentencia de 1897, admite la posibilidad de alimentos convencionales, STS de 11 de mayo de 1897, Sala 1.ª, sección 1.ª, Numroj: STS 225/1897, ponente Diego Montero de Espinosa.

⁵ Años antes ya había sido incorporado en alguna legislación foral. Originariamente en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, hoy sustituida por la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, en donde queda regulado en los artículos 147 a 156.

⁶ En una de las primeras sentencias en las que el Tribunal Supremo reconoce la autonomía de este contrato: STS de 28 de mayo de 1965, Sala I, ponente Juvencio Escriba-

como «negocio jurídico a riesgo y ventura por el cual una persona recibe de otra un capital o unos bienes determinados, a cambio de lo cual se obliga a darle alojamiento, manutención y sostenimiento durante toda la vida».

Como vemos, nos encontramos ante un contrato de prestaciones complejas, ya que a través de él se ofrece «vivienda», «manutención» y «asistencia», prestaciones tanto de dar, como de hacer, que puede necesitar una persona a lo largo de su vida, para cuya delimitación se estará, ante todo, a lo dispuesto entre las partes acerca de su contenido y alcance.

El nuevo contrato fue estudiado profusamente por la doctrina⁷, siendo generalmente bien admitido como un medio por el que las personas mayores podrían financiar el mantenimiento de su calidad de vida y cubrir ciertas necesidades surgidas de la vejez o de la discapacidad. López Peláez⁸, apela al desamparo, la soledad y el envejecimiento de la población como principales causas que pueden provocar un aumento en la celebración de este contrato; y a su utilidad para suplir allí donde no llega el sistema de seguridad social, como las necesidades afectivas y la compañía.

Ello no obstante, tampoco faltaron voces críticas, como las de Heras Hernández⁹, que advertía que, pese a estar pensado para subvenir a una situación de necesidad, su regulación no exigía escritura pública, o Pereña Vicente¹⁰ que daba voz a las personas que para cubrir las necesidades que el Estado no les ofrece, se ven obligados a vender su vivienda.

no Ruiperez y así se ha mantenido en posteriores resoluciones: STS de 26 de febrero de 2007, Sala 1.ª, sección 1.ª, núm. de sentencia 249/2007, ponente José Almagro Nosete: «contrato autónomo, innominado y atípico, susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones incorporadas al mismo en cuanto no sean contrarias a la ley, la moral y el orden público «artículo 1255 del Código Civil », y al que son aplicables las normas generales de las obligaciones» y en la STS de 12 de junio de 2008, sala 1.ª, sección 1.ª, núm. de sentencia 556/2008, núm. de recurso 165/2001, ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

⁷ Puede consultarse entre otros a: PEREÑA VICENTE, 2006, p. 156; MORENO MARTÍNEZ, 2013, p. 12261; ECHEVARRÍA DE RADA, *BMJ*, 2006, p. 3468.

⁸ «Son el desamparo, la soledad y el envejecimiento de la población los que pueden hacer proliferar la celebración de este contrato, cuando el titular de unos bienes se encuentra sin hijos, o teniéndolos no se dedican al cuidado de sus progenitores. Y aunque la cobertura de la Seguridad Social puede suponer un ahorro importante, lo cierto es que las pensiones suelen ser muy exiguas, y la Seguridad Social no cubre ni las necesidades afectivas ni la compañía (para ir al médico, a hacerse los análisis, compañía por la noche...). De ahí la utilidad de este contrato». LÓPEZ PELÁEZ, *RMTAS*, p. 110.

⁹ HERAS HERNÁNDEZ, M. M., 2005, p. 23.

¹⁰ «Para hacer frente a esos gastos para atender a sus propias necesidades, tienen dos alternativas: vender, o mejor dicho, malvender, el que es su único y más preciado bien: la vivienda habitual, o por el contrario, aferrarse a la casa en la que han vivido y dado vida durante una gran parte de sus existencias, a cambio de la desatención y renunciando a una asistencia que el Estado no les presta y ellos no pueden permitirse». PEREÑA VICENTE, M., 2006, p. 554.

Empero, el legislador no atendió estas autorizadas voces y el contrato de alimentos desde su tipificación, no ha sido objeto de modificación alguna.

3. EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS DE DOS CASOS REALES

Con ocasión del ejercicio de un cargo público en una entidad de derecho público cuyo objeto era la tutela y hoy, la prestación de apoyos a adultos con discapacidad, tuvimos conocimiento de ciertos hechos que siempre tenían como referencia a una misma empresa que gestionaba –y en la actualidad sigue gestionando– diversas residencias de mayores en la Comunidad de Madrid y a una misma sociedad inmobiliaria. Denominaremos a la primera como «La residencia» y a la mercantil inmobiliaria, «La empresa-residencia». Ambas mercantiles estaban administradas, como administrador único, por la misma persona, a quien denominaremos «D. Pedro».

3.1 PRIMER CASO

En el año 2020 y a consecuencia de un grave deterioro cognitivo, la entidad pública de tutela de adultos de la Comunidad de Madrid, fue designada tutora de D. Antonio, nacido en el año 1938 y que residía en «La residencia».

Tras realizar el preceptivo inventario de bienes, la entidad tuvo conocimiento de que, en el año 2014, D. Antonio había otorgado ante notario escritura pública de «cesión a cambio de alimentos» en favor de la «Empresa-residencia», compareciendo en su representación, en calidad de administrador único D. Pedro.

En virtud de dicho contrato, D. Antonio cedía la nuda propiedad de un piso y una plaza de garaje de su propiedad a la sociedad «Empresa-residencia» a cambio de su alojamiento en «La Residencia», en las condiciones siguientes: «en habitación individual, como prestación de alimentos y cuidados médicos, con derecho a usar todos los servicios e instalaciones que preste el centro mientras sea válido; y ello, por todos los días de su vida, tanto en la salud como en la enfermedad, proveyéndole de alimentación y asistencia médica hasta su fallecimiento».

Pero, además, y como complemento de la referida contraprestación, ambas partes pactaron:

- Facultar expresa e irrevocablemente a la «Empresa-residencia» para que perciba y haga suya la participación del 90%

de la pensión mensual y/o pagas, incluso de las extraordinarias, que percibe el alimentista.

- Facultar expresa e irrevocablemente a la «Empresa-residencia» a la percepción por ésta las rentas, que hará tuyas, que se produzcan por el alquiler de la vivienda y de la plaza de garaje descritas.
- Todo ello, en tanto su situación personal merezca la situación de «válido» ya que, expresamente también se pactaba, que «en el momento en que su situación personal pasara a la de “asistido”, todas las ayudas relacionadas con la asistencia que su estado requiera, serán sufragadas por el cedente con cargo a su propio peculio personal».

3.2 SEGUNDO CASO

Los cónyuges, D. Juan y D.^a María, nacidos en 1926 y en 1936, tenían un hijo en común, D. Javier, nacido en 1969 y que sufría una gran discapacidad. Por este motivo, sus padres se vieron obligados a ingresarle en un centro asistencial situado en una pequeña localidad de Castilla León.

Trabajadores de clase media, con gran esfuerzo habían logrado reunir un pequeño patrimonio inmobiliario, consistente en el piso en el que habitaban y otros dos inmuebles en Madrid.

El matrimonio se hizo mayor y a la preocupación por sus propios cuidados, se unía la dolorosa e inquietante pregunta que todos los padres de una persona con discapacidad en algún momento se hacen: ¿qué será de él, cuando nosotros faltemos?

Para intentar resolver la situación, el matrimonio contactó con D. Pedro, como sabemos ya, administrador único de «La residencia» y de la «Empresa-residencia».

D. Pedro, en representación de la «Empresa residencia» y los mencionados cónyuges, otorgaron en el mes de noviembre del 2006, ante el mismo notario, dos escrituras públicas:

Una escritura de «donación y cesión a cambio de alimentos», con la mercantil «Empresa-residencia», en virtud de la cual, la sociedad en cuestión adquiriría la nuda propiedad de la finca «01» de su propiedad, reservándose el usufructo D. Javier, el hijo del matrimonio otorgante, con el compromiso de la sociedad donataria de:

«asumir, expresa y formalmente, la obligación de proveer su alojamiento, bien donde actualmente se encuentra [...], en el centro donde se encontraba y/o en cualquier otro centro de similares características que tuviera concertada la sociedad, y ello, por todos

los días de su vida, tanto en la salud, como en la enfermedad, proveyéndole de alimentación y asistencia médica».

En esta misma escritura se pactaba que el incumplimiento de la obligación permitiría optar entre exigir y reclamar en todo momento el cumplimiento de las obligaciones, incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda, o la resolución de pleno derecho del contrato anteriormente expresado, cuyo extremo operaría como condición resolutoria explícita que determinaría automáticamente la resolución del contrato.

En la segunda escritura, otorgada el mismo día, los referidos cónyuges cedían a la misma mercantil la nuda propiedad de otras dos viviendas sitas en Madrid, fincas registrales «02» y «03» a cambio de una prestación de alojamiento en «La residencia» «en habitación compartida, con derecho a usar todos los servicios e instalaciones que preste el Centro; y ello, por todos los días de la vida de dichos señores, tanto en la salud como en la enfermedad, proveyéndoles de alimentación y asistencia médica».

También se incluían las mismas consecuencias en razón de un posible incumplimiento.

En el año 2017, encontrándose D.^a María ya viuda, la entidad pública de tutela de adultos de la Comunidad de Madrid fue designada su curadora.

En cumplimiento de sus obligaciones, dicha entidad constató que la «Empresa-residencia» no había cumplido con los compromisos adquiridos, específicamente su obligación de proveer durante su vida de alojamiento, alimentos y asistencia médica a su hijo D. Javier, por lo que requirió a la sociedad para la devolución inmediata de la finca cedida.

La «Empresa-residencia», reconoció el incumplimiento de sus obligaciones, poniéndose a disposición de la entidad pública a fin de fijar día y hora para el otorgamiento de escritura de resolución de la cesión de la nuda propiedad del inmueble, en su día efectuada.

Lamentablemente, D.^a María falleció tan solo un mes y medio después de que la «empresa residencia» reconociera el incumplimiento de sus obligaciones, extinguiéndose la medida de apoyo existente y, con ella, la legitimación de la entidad curadora para reclamar el incumplimiento contractual.

Pero, en este caso, concurrieron además dos hechos muy significativos:

- Que durante la tramitación del procedimiento de modificación de la capacidad de Dña. María (actual de provisión de apoyos), el administrador único de las mercantiles «La residencia» y la «Empresa-residencia», D. Pedro, se postuló ante el juzgado

para ser nombrado tutor de D.^a María, lo que fue rechazado por el juzgado de 1.^a instancia número 30 de los de Madrid.

- Que, tras la extinción de la patria potestad prorrogada de sus padres, ese mismo administrador único, D. Pedro, también se postuló como tutor de D. Javier, el hijo de aquellos; si bien, en esta ocasión, sí que el juzgado de 1.^a instancia de la localidad de Castilla León lo designó como tal.

3.3 DENUNCIA ANTE LA FISCALÍA

Estos y otros hechos, que tenían por objeto las mismas empresas y el mismo administrador único, fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

A dicha denuncia se adjuntó la consulta de localización de registros que nos fue facilitada por el Registro de la Propiedad núm.42 de Madrid, conforme a la cual la «Empresa-Residencia» tenía titularidades de bienes inmuebles a su favor en 79 registros de la propiedad de la Comunidad de Madrid; léase bien, no 79 bienes inmuebles, sino un número indeterminado de bienes inmuebles en 79 registros de la propiedad de Madrid.

Tras realizar las investigaciones que tuvo por conveniente, la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid finalmente archivó las actuaciones, ya que no encontró indicios de delito, por lo que los casos relatados y otros análogos, no fueron finalmente judicializados, poniéndose fin a su investigación.

4. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS QUE SE ADVIERTEN EN AMBOS RELATOS DE HECHOS

No es objeto de este trabajo realizar un pormenorizado análisis de este contrato, que como hemos tenido ocasión de manifestar, ya fue sido realizado por voces más autorizadas que las nuestras. Nos detendremos a continuación únicamente en aquellos aspectos más problemáticos de esta figura y que se encuentran en relación con los casos expuestos.

4.1 LA DINÁMICA DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA

El principal problema de este contrato y uno de sus principales riesgos, es el derivado de la diacronía entre las prestaciones de las partes contratantes.

Se trata de un riesgo ya apuntado desde antiguo por el Tribunal Supremo¹¹: la prestación del alimentista es de tracto único y se consume con la entrega del capital en bienes o derechos; sin embargo, la prestación del alimentante es de tracto sucesivo, continua durante toda la vida de aquel. Uno recibe *ab initio* íntegramente la prestación, pero el otro recibe la suya periódicamente y en plazos sucesivos, sometida por tanto a todas las vicisitudes de una prestación cuya esencia es precisamente dilatarse en el tiempo.

Así pues, fácilmente puede colegirse que las consecuencias de un incumplimiento son dramáticas para el alimentista: puede haber transmitido todo o una buena parte de su patrimonio y, sin embargo, puede dejar de recibir las prestaciones que fueron la causa del contrato y que probablemente son, literalmente, vitales para esta persona.

Consciente de ello, el legislador enfatizó el régimen general previsto en el artículo 1124 CC, introduciendo en los artículos 1795 a 1797 del CC distintas vías de defensa del alimentista frente al incumplimiento del alimentante; a saber: la exigencia de cumplimiento, con el abono de los alimentos devengados con anterioridad a la interposición de la demanda; la resolución del contrato, con ciertas consecuencias que se alejan del régimen general del artículo 1124 CC; y, tratándose de bienes registrables, la posibilidad de inscripción de una condición resolutoria explícita o la constitución de una hipoteca en garantía de las rentas o prestaciones periódicas debidas¹².

Además de ellas, el principio de autonomía de la voluntad de las partes permitiría incluir otras, como una prohibición de disponer del bien inmueble cedido o la cesión de la nuda propiedad, con reserva del usufructo por parte del alimentista.

Precisamente, reconocemos varias de estas garantías en los casos expuestos.

En el primero de ellos, el alimentista se reservó el usufructo, transmitiendo solo la nuda propiedad de los dos inmuebles.

Lo cierto es que dicha garantía era más aparente que real, ya que al alimentista se le había privado de la principal facultad que caracteriza este derecho real: la obtención de frutos. Recordemos que, conforme al contrato, «la empresa-residencia» hacía suyas las rentas, que se produzcan por el alquiler de la vivienda y de la plaza de garaje descritas. Con lo cual lo único que quedaba al mayor era la facultad de uso, cuya posibilidad dada la naturaleza asistencial del contrato que firmaba era probablemente imposible.

¹¹ STS, Sala I, de 28 de mayo de 1965. Ponente: Juvencio Escribano Ruipérez, ES:TS:1965:961.

¹² Que ya eran posibles, como advierte BERENGUER ALBADALEJO, 2012, p. 821.

Sin embargo, en el segundo de los casos expuestos, se contenía una doble garantía: la reserva de usufructo en favor de D. Javier, el hijo de los otorgantes y una condición resolutoria explícita que, en caso de incumplimiento permitiría optar entre exigir y reclamar en todo momento el cumplimiento de las obligaciones, incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda, o la resolución de pleno derecho del contrato.

4.2 EL ALEA O RIESGO DEL CONTRATO

Si la jurisprudencia siempre considero que el *alea* se encontraba íntimamente ligado al contrato de vitalicio, parece que fue también esta la opinión del legislador, ya que ubicó el nuevo contrato en el Título XII, que como sabemos lleva por rúbrica «De los contratos aleatorios o de suerte». Esto ha llevado a la doctrina mayoritaria¹³ y a la jurisprudencia actual¹⁴ a seguir considerando la aleatoriedad como elemento esencial del contrato.

Esta incertidumbre alcanza a ambas partes contratantes, de modo que, como afirma Vivas Tesón¹⁵, ninguna de ellas conoce a priori las ventajas o desventajas del contrato y, por lo tanto, la conveniencia o no de su celebración.

En cuanto a la posibilidad de que se pacte una duración contractual limitada, Echevarría de Rada¹⁶, tras recordar que la doctrina, antes de su regulación positiva, la venía admitiendo ya que «la aleatoriedad no depende sólo del tiempo, sino también de las varia-

¹³ MORENO MARTÍNEZ, 2013, p. 12263; BERENGUER ALBADALEJO, 2012, p. 312; ECHEVARRÍA DE RADA, *BMJ*, 2006, p. 3464; CALAZA LÓPEZ, 2020, p. 141.

¹⁴ Recientemente, la Sala I ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones; la primera en la STS 115/2022 de 15 de febrero 2022, ES: TS:2022:608, ponente M.^a de los Angeles Parra Lucán, afirmando que «sin aleatoriedad (lo que estará en función, en cada caso, de datos como la edad o estado de salud del cedente) falta un de los elementos esenciales del contrato de alimentos»; la segunda, en la STS 276/2025, de 19 de febrero, ES: TS:2025:614, ponente Pedro José Vela Torres, en un curioso caso en el que la persona fallece a los dos días de conclusión del contrato. En esta ocasión, el alto tribunal, rechaza la aplicación analógica de lo dispuesto en el 1804 del CC (que prevé la nulidad de la renta constituida sobre la vida de una persona que «el mismo tiempo se halle padeciendo una enfermedad que llegue a causar su muerte dentro de los veinte días siguientes a aquella fecha»), pero no deja de manifestar una vez más que si se comprobara una actuación dolosa de la contraparte, por el conocimiento cierto de la inminencia de la muerte del cedente, «no habría que acudir a una improcedente aplicación analógica del artículo 1804 CC, sino que el contrato de alimentos sería nulo por falta de causa, conforme a los artículos 1261.3.º y 1275 CC».

¹⁵ «Que ninguna de las dos partes contratantes puede saber, al momento de celebrar el contrato, la ventaja económica para ellas derivada de la relación jurídica, ni la extensión y duración de las prestaciones a realizar por el alimentista. Conforme a ello, tendrá que celebrarse sin poder conocerse a priori cuál de las dos partes asumirá una prestación más gravosa, de modo que no podrá saber de antemano si el acuerdo cerrado será o no conveniente». VIVAS TESÓN, 2024, p.206.

¹⁶ ECHEVARRÍA DE RADA, 2011, p. 39.

ciones de las necesidades del alimentista», rechaza esta interpretación¹⁷, advirtiendo que la regulación contenida en los artículos 1791 CC y siguientes, se aplicará en «aquellos casos en los que los alimentos se acuerden para toda la vida de una persona y no en aquellos otros en los que se pacten para una época determinada».

Calaza López¹⁸, advierte del doble alea que caracteriza a estos contratos: la incierta duración del contrato, ya que depende de la vida del alimentista; y la extensión de las prestaciones, ya que dependen de sus necesidades, que irán cambiando a lo largo del tiempo.

Recuérdese ahora que D. Antonio pactó con la «empresa residencia» que la prestación de alimentos con cargo a los inmuebles cedidos «...en tanto su situación personal merezca la situación de «válido», ya que, «en el momento en que su situación personal pasara a la de asistido, todas las ayudas relacionadas con la asistencia que su estado requiera, serán sufragadas por el cedente con cargo a su propio peculio personal».

Es decir, en el momento del contrato la «empresa residencia» conocía perfectamente las necesidades asistenciales del D. Antonio y el valor de los inmuebles que servían de contraprestación, de forma que una buena parte de la aleatoriedad requerida, las futuras y desconocidas necesidades asistenciales de la persona mayor, había desaparecido.

Estamos de acuerdo con Echevarría de Rada de que el riesgo puede provocar la desigualdad de consecuencias económicas para los contratantes, pero siempre que se mantenga una cierta proporcionalidad para ambas ya que, en otro caso, «el contrato de alimentos sería nulo, ya que el riesgo deviene elemento esencial del contrato, convirtiéndose en su causa»¹⁹.

En definitiva, en el primer caso real expuesto, pese al *nomen iuris* utilizado por las partes, pensamos que el negocio se alejó del contrato de alimentos, para acercarse al de un mero arrendamiento de servicios prestado por un tercero.

¹⁷ *Ibidem*, p. 40.

¹⁸ «Uno de ellos es la incierta duración del contrato, que habitualmente se conviene con carácter vitalicio, y se extiende por tanto a la vida, nunca eterna, del alimentista. El segundo elemento aleatorio del contrato se pone de manifiesto en la prestación alimenticia, esencialmente variable, por estar sujeta y depender de las necesidades actuales del alimentista en cada momento; necesidades estas que, a su vez, discurren paralelas al estado de salud y otros condicionantes, previsibles como la edad e impredecibles u ocasionales, como accidentes fortuitos». CALAZA LÓPEZ, 2020, p. 142.

¹⁹ Calaza López, también advierte: «Por último, es preciso distinguir el contrato de alimentos suscrito con una entidad jurídica de aquel otro, celebrado con un establecimiento asistencial donde la persona se obliga a pagar una cifra pecuniaria con una periodicidad asistencia, pero no con una duración sino con la modalidad de que el contrato se extingue, y con ello la asistencia, cuando se dejan de pagar las cuotas estipuladas. En este contrato, próximo al arrendamiento de servicios, no concurre el alea, el riesgo de pérdida o ganancia propio del contrato de alimentos, caracterizado por la incertidumbre del resultado patrimonial, por lo que bien puede calificarse de conmutativo y no de aleatorio». CALAZA LÓPEZ, *Ibidem*, p. 192.

4.3 ¿QUÉ SON ALIMENTOS?

La siguiente cuestión en la que conviene detenernos es la relativa a la delimitación y la amplitud de la prestación que da nombre al contrato.

Hasta el año 2003 la única referencia que contenía nuestro código al concepto de alimentos, era la contenida en el artículo 142 CC, concibiendo como tales lo «indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica». Al legislador del año 2003 le hubiera sido sencillo remitirse a dicho artículo para delimitar su contenido y, sin embargo, no lo hizo así, sino que consideró como tales la «vivienda, manutención y asistencia de todo tipo».

La incorporación del término asistencia ha supuesto a nuestro juicio una extensión práctica de su contenido, al apelar, conforme a su significado etimológico, al hecho de estar presente y prestar ayuda, protección o amparo a una persona.

Durante un tiempo se discutió en la doctrina y jurisprudencia sobre si los alimentos objeto de contratación en el vitalicio, admitían dos modalidades: la satisfacción de una pensión de alimentos, en sentido estricto, *in natura*, o bien en sentido amplio, asistencia, cuidados, servicios, etc., además de la alimentación propiamente dicha²⁰.

Para Echevarría de Rada²¹ el contrato de alimentos debía incluir la asistencia material y, también, la asistencia moral o afectiva; tales prestaciones deben considerarse principales, sin perjuicio de que en el ámbito de las mismas puedan configurarse algunas variedades como principales o accesorias, pero teniendo presente que esos contenidos generales deben estar contemplados.

Así lo entiende también Vela Sánchez²², para quien del artículo 1793 CC deriva que con este contrato se pretende «el afecto, el consuelo y la compañía que suelen darse en un entorno familiar»; lo cual nos llevaría, en opinión de Berenguer Albaladejo²³, a conectarlo con las obligaciones que el CC exige a los cónyuges o a los padres respecto a los hijos sometidos a su patria potestad.

Y, Calaza López, llega homologar las funciones del alimentante con las de un cuidador, haciéndole asumir un elenco de deberes propios de esta condición²⁴, propugnando la elaboración de programas de aprendizaje para ayudarle a cumplir sus obligaciones.

²⁰ STS 1 de julio de 1982, ponente José Beltrán de Heredia y Castaño.

²¹ ECHEVARRÍA DE RADA, 2011, p. 96.

²² VELA SÁNCHEZ, ADC, 2023, p. 1018.

²³ «El contenido de este contrato se aproximaría en mayor medida a la obligación de mantenimiento que impone la ley a los cónyuges o a los padres respecto a los hijos sometidos a la patria potestad –arts. 67-68 y 154.1.º Cc respectivamente– que al contenido de la obligación de alimentos entre parientes –art. 142 Cc–». BERENGUER ALBALADEJO, 2012, p. 527.

²⁴ La autora, señala como tales los siguientes:

1. Proteger la dignidad del alimentista.

Incluso, en la sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2022 y de 15 de febrero de 2025²⁵, se hace énfasis en la necesidad de recibir «cuidados y atenciones personales (materiales, afectivas y morales)».

Coincidimos con estos y estas autoras, en que la prestación no puede consistir en una mera pensión de alimentos, sino que ha de extenderse a lo asistencial, en el sentido de procurar o prestar los cuidados médicos y sociales que sean necesarios para mantener el bienestar pretendido por la propia persona en el contrato.

Sin embargo, en ningún caso compartimos que la prestación debida se encuentre imbuida de un contenido subjetivo, afectivo o anímico. Sería encomiable de concurrir, pero salvo acuerdo expreso entre las partes a modo de obligación natural²⁶, no formaría parte esencial del contenido de la prestación asistencial, como obligación o derecho subjetivo de las partes.

La relación entre las partes no se fundamenta en vínculos éticos, morales o solidarios, sino que existe una relación sinalagmática,

2. Proporcionar su seguridad y confort, fomentando la autonomía personal en la medida de sus posibilidades.

3. Colaborar en el cumplimiento de las pautas establecidas por los servicios médicos de referencia.

4. Velar por el cumplimiento de los derechos que asistan al alimentista en todos los órdenes de su vida».

CALAZA LÓPEZ, 2020, p. 188.

²⁵ STS 115/2022 de 15 de febrero 2022, ES: TS:2022:608, ponente M.^a de los Ángeles Parra Lucán: «... dada la función típica asistencial del contrato, debe atenderse no solo a la situación de necesidad económica o la insuficiencia de recursos para subsistir, características de las obligaciones legales de alimentos, sino de una manera más amplia a la necesidad de recibir cuidados y atenciones personales (materiales, afectivas y morales)», aunque advierte que este «posible contenido personal y asistencial del contrato de alimentos debe ser tenido en cuenta a la hora de ponderar en cada caso, en atención a las circunstancias concurrentes, la existencia de una razonable proporción entre las prestaciones asistenciales asumidas por el alimentante y el valor de los bienes cedidos por el alimentista». Y, asimismo en la STS 276/2025, de 19 de febrero, ES: TS:2025:614, ponente Pedro José Vela Torres se establece que: «Dada la función típica asistencial del contrato de alimentos, debe atenderse no solo a la situación de necesidad económica o la insuficiencia de recursos para subsistir, características de las obligaciones legales de alimentos, sino de una manera más amplia a la necesidad de recibir cuidados y atenciones personales (materiales, afectivas y morales). Este posible contenido personal y asistencial del contrato de alimentos debe ser tenido en cuenta a la hora de ponderar en cada caso, en atención a las circunstancias concurrentes, la existencia de una razonable proporción entre las prestaciones asistenciales asumidas por el alimentante y el valor de los bienes cedidos por el alimentista (nuevamente, sentencia 115/2022, de 15 de febrero). Esta necesidad más allá de lo puramente económico es un presupuesto de la existencia del contrato de alimentos tal como está configurado legalmente».

²⁶ No recogida como tal en el Código Civil, si bien ha sido aplicada en alguna ocasión por el Tribunal Supremo, como en la STS de 17 de octubre de 1932, ECLI: ES: TS:1932:1291, ponente Javier de Elola Díaz Varela, e incorporada al artículo 1094 de la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. Ministerio de Justicia 2023:

Artículo 1094: Obligación natural.

1. El reconocimiento voluntario de un deber de conciencia da lugar al nacimiento de una obligación.

2. El cumplimiento voluntario de un deber de conciencia no da derecho a pedir la restitución.

genética y funcional, que como tal exige beneficios y sacrificios mutuos y proporcionales, por lo que no vemos ningún inconveniente en que dicha asistencia pueda prestarse de forma profesionalizada, en cualquier lugar, residencia, piso supervisado o domicilio particular, donde el alimentista pueda obtener cuanto necesita, cuidados profesionales y, en su caso, compañía y amistad de sus pares.

Nos parece importante someter a deliberación este aspecto ya que, recuérdese, que en los dos casos expuestos los alimentos se prestan por parte una empresa, por lo que podríamos plantarnos si una vez más nos estamos alejando del ámbito del contrato de alimentos, para acercarnos al contrato de arrendamiento de servicios.

En cualquier caso, estamos en presencia de una cuestión compleja cuya resolución no eludiremos; si bien, apelamos una vez más a la paciencia del lector, ya que se encuentra en íntima relación con el epígrafe siguiente.

4.4 ¿TIENE EL CONTRATO DE ALIMENTOS CARÁCTER PERSONAL?

Efectivamente, se trata de una cuestión íntimamente ligada con la anterior. Si predicamos el carácter personal de este contrato, la consecuencia sería la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1161 CC y el acreedor, en este caso el alimentista, no podría ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero.

Sin embargo, esta afirmación es antinómica respecto a lo dispuesto en el artículo 1792 CC que prevé la transmisibilidad *mortis causa* de la obligación tras el fallecimiento del alimentante.

Para salvar esta contradicción, una parte de la doctrina²⁷ concluyó que el carácter de *intuitu personae* solo se predicaba del alimentista, pero no del alimentante, solución que, por otra parte, es la establecida en derecho gallego²⁸.

Berenguer Albaladejo²⁹, mantiene el carácter personal del contrato, pero no porque la prestación del alimentante tenga carácter personalísimo, sino porque la existencia de una previa relación de confianza entre las partes es básica para su celebración. Consciente la autora, probablemente, de que muchos de estos contratos se están realizando con empresas que precisamente prestan este tipo

²⁷ ECHEVARRÍA DE RADA, 2006, p. 3474; MORENO MARTÍNEZ, 2013, p. 12264; y es además la solución dada en el artículo 151 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

²⁸ El artículo 151 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, establece que: «La obligación de prestar alimentos durará hasta el fallecimiento del alimentista y se transmitirá, salvo pacto en contrario, a los sucesores del obligado a prestarlos».

²⁹ *Op. cit.* p. 316.

de cuidados, reconocerá después que, al menos, «deberá tratarse de un organismo que tenga entre sus fines la prestación de asistencia» y que esté preparado para la atención requerida a las diversas condiciones de este tipo de personas³⁰.

Al mismo carácter de confianza se refiere Lopez Pelaez³¹, por lo que ve «difícil, aunque no imposible que se contrate con una persona jurídica».

Por su parte Calaza López³², tras afirmar que su carácter personalísimo «concita que, usualmente, sea suscrito entre personas físicas, unidas por relaciones de parentesco, o con vínculos previos de vecindad o amistad», no ve inconveniente en que una persona jurídica ocupe la posición de alimentante-deudor, en cuyo caso «el cedente y/o alimentista transmitiría los bienes o derechos que constituyan el Capital a una residencia, centro o institución similar que persiga fines lícitos e asistencia, a cambio de su manutención, alojamiento y atención de sus necesidades hasta su fallecimiento», reconociendo la autora que entonces cede el carácter *intuitu personae* en pro de la profesionalización del alimentante.

A nuestro juicio, reconociendo las autorizadas voces que nos preceden y la solidez de su argumentación jurídica, la discrepancia puede nacer, como afirma Gálvez Criado³³, de la confusión entre los términos *intuitu personae*, fiducia e infungibilidad.

Nos referimos al primero cuando la persona del deudor adquiere una especial relevancia en la prestación de hacer. Por su parte, la fiducia, explica la revocación a voluntad de un contrato, por una simple pérdida de confianza. Y la infungibilidad, hace referencia a una cualidad objetiva de la prestación.

Por supuesto que si el alimentista, no solo quiere recibir una prestación de cuidados profesionales, sino compañía, afecto y comprensión, cualidades que a su juicio solo concurren en el alimentante elegido, no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, como afirma el artículo 1161 CC.

Y si esa relación de confianza entre alimentante y alimentista, expresada como tal en el contrato, se quiebra, sería posible la revocación *ad nutum*.

Pero ello, son pactos o condiciones que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, pueden incorporarse a un contrato de alimentos; pero si no existen, este no queda desnaturalizado. También es contrato de alimentos aquél en el que el alimentista solicita y espera una prestación asistencial de carácter profesional y fungible.

³⁰ *Op. cit.* p. 348.

³¹ LÓPEZ PELÁEZ, *RMTAS*, 2007, p. 118.

³² CALAZA LÓPEZ, 2020, p. 189.

³³ GÁLVEZ CRIADO, 2008, pp. 16-17.

En este sentido consideramos que el contrato de alimentos no tiene carácter personal.

La población de la UE está envejeciendo, como puede verse a través de diferentes indicadores estadísticos: la evolución de la proporción de la población mayor, la tasa de dependencia de la tercera edad y la edad media, por poner algunos ejemplos.

Como sabemos, la pirámide de población española sigue una evolución marcada por un aumento de la proporción de las personas mayores de 65 años o más, que según los últimos datos del INE alcanzaron el 20,5% de personas en el total nacional³⁴ y según la proyección del mismo organismo 2023-2040, en el año 2040 podría alcanzar a los 14,2 millones de personas mayores, el 27,4% del total de una población que alcanzaría unos 52 millones de habitantes, estadísticas que también demuestran una clara feminización de la vejez, ya que las mujeres superan en un 30,5% a los hombres.

Pues bien, en este panorama, hay un fenómeno que aunque en España todavía no alcanza las cifras de otros países europeos, acecha insidiosamente: el fenómeno de la soledad. Durante la vejez y según aumenta la edad, se incrementa, sobre todo para las mujeres, la probabilidad de vivir en soledad, observándose en las últimas décadas, un incremento de los hogares unipersonales y en pareja, sin otros convivientes, en personas de 65 y más años³⁵.

La soledad, es un fenómeno natural que nos afecta a todos, en cualquier momento de nuestra vida, pero es durante el envejecimiento donde requiere mayor atención dada su mayor incidencia por la propia evolución vital.

Por supuesto hay una soledad querida, buscada, normalmente como opción temporal. Pero existe otra, que es la no deseada, que genera un «estado emocional subjetivo en el que una persona percibe un insuficiente número y/o calidad de las conexiones sociales que mantiene en relación a lo que desearía»³⁶. Esta soledad no deseada genera sufrimiento y tiene importantes consecuencias para la salud y el bienestar físico y psicológico³⁷.

Aunque los cuidados a largo plazo, entendiendo como tales los cuidados en la comunidad, en el propio domicilio o en centros diurnos sea lo más conveniente³⁸, no olvidemos que es una opción

³⁴ Obtenido el 6 de septiembre 2024 de <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1488>

³⁵ PÉREZ DÍAZ, RAMIRO FARIÑAS, ACEITUNO NIETO, ESCUDERO MARTÍNEZ, BUENO LÓPEZ, CASTILLO BELMONTE, DE LAS OBRAS-LOSCERTALES SAMPÉREZ, FERNÁNDEZ MORALES, VILLUENDAS HIJOSA, *CSIC*, 2023, p. 31.

³⁶ Comunidad de Madrid. Consejería de Familia, Juventud y Política Social. Programa de acción en red 2023.

³⁷ YANGUAS LEZAUN, CILVETI SARASOLA, HERNÁNDEZ CHAMORRO, PINAZO-HERNANDIS, ROIG CANALS, SEGURA TALAVERA, *RSS*, p. 67.

³⁸ Precisamente, el Gobierno de España ha aprobado recientemente la, que pretende transformar el sistema de apoyos y cuidados para que «las personas con necesidades de

personal, un derecho de la persona y que existen muchas ocasiones en las que, en razón de la intensidad de los cuidados u otras, es necesaria una atención institucional y para recibirla hacen falta recursos económicos.

El importe medio de una pensión en España es de 1.388,70 €³⁹. Mucho nos tememos que con esa pensión, las personas mayores no pueden pagar una asistencia intensa en el domicilio, ni en un centro residencial⁴⁰, sino que tendrán que echar mano de los activos ahorrados durante su vida y en España, en buen número de ocasiones, tales activos estarán constituidos por la propia vivienda⁴¹.

Las características de la sociedad actual, más individualista, en el que el papel que antes asumía la familia se va viendo cada vez más relegado y sustituido por entidades especializadas en el cuidado y la asistencia de mayores y personas con discapacidad, que requieren apoyos y cuidados de larga duración, es tierra fértil para la utilización de este contrato.

Por todo ello concluimos, que ojalá el alimentante sea elegido por su conexión y afecto con el alimentista y que sean entidades sociales sin ánimo de lucro, quienes presten la asistencia que todos necesitaremos en la vejez, pero nada de esto se exige en la regulación que estudiamos.

Si pretendemos que este contrato sea realmente un instrumento de ayuda para quien lo necesite y no queremos que su utilización se vea reducida a lo meramente anecdótico, deberemos asumir que el alimentante podrá ser cualquier persona física o jurídica, con o

apoyo y cuidados, especialmente personas con discapacidad, personas mayores en situación de dependencia, niños, niñas, adolescentes en el sistema de protección, y jóvenes que han pasado por el mismo y a las personas sin hogar», puedan desarrollar sus proyectos de vida elegidos en la comunidad, en igualdad de condiciones que las demás personas y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico. Estrategia estatal para un nuevo modelo de cuidados en la comunidad: un proceso de desinstitucionalización (2024-2030), Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, 2024, obtenido en 3 de enero 2025, en <https://estrategiadesinstitucionalizacion.gob.es/>

³⁹ De 1.208,26 €, las mujeres y de 1.565,85 €, los hombres. Instituto Nacional de la Seguridad Social, datos del mes de agosto de 2024, obtenidos el 6 de septiembre 2024 de https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/a59fc4a1-faa7-48dd-9a0e-a20302891ae3/PTAS202408.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_81D21J401P5L40QTTT61G41000-a59fc4a1-faa7-48dd-9a0e-a20302891ae3-p6yfZwQ.

⁴⁰ El importe medio de una residencia en España fue en el año 2023 de 23.413,64 €, alcanzando los 30.573,31 €, en Madrid, de los que la persona residente aporta entre un 10,9 % a un 64,6 %, dependiendo de la Comunidad Autónoma. Servicios Sociales dirigidos a Personas Mayores 2023, Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO). Obtenido el 3 de enero 2025 de file:///C:/Users/jpallares/Desktop/Para%20tirar/inf_sspmm-mesp_2023.pdf

⁴¹ Tomando los últimos datos de la Encuesta Financiera del BCE, vemos que los españoles tienen un 85% de su ahorro materializado en activos reales, 3 puntos más que la media de la Eurozona y casi 8 puntos más con respecto a Alemania. En cambio, es uno de los países con menor porcentaje de activos financieros, el cual apenas roza el 15%. Consejo General de Economistas de España, 2020, p. 35.

sin ánimo de lucro, porque así lo impone la estructura social actual y porque así lo permite nuestro Código Civil, lo que desde luego nos invita a ser más exigentes en su regulación y vigilantes en su aplicación.

4.5 CONTRATO DE ALIMENTOS EN FAVOR DE TERCERO

El esquema básico del contrato y que se descubre en las resoluciones judiciales analizadas, primero como vitalicio y ahora como contrato de alimentos, es el de un acuerdo concertado por una persona mayor, de edad avanzada, que transmite a otra su vivienda a cambio de que ésta le preste asistencia de por vida.

Junto a este, existiría otra modalidad, precisamente mencionada en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2013, a modo de estipulación a favor de terceros, que es perfectamente posible *ex* artículo 1257 CC⁴².

Precisamente, como hemos tenido ocasión de analizar, el contrato de alimentos celebrado por D. Juan y D.^a María contenía una estipulación en favor de su hijo, D. Javier. Sin embargo, lo que desde luego nada tiene que ver con una estipulación en favor de tercero, es el hecho de que, en ambos casos, la «empresa residencia» se comprometió a realizar la prestación a través de un tercero, «la residencia», que no formó parte de la relación obligatoria entre las partes.

Esta circunstancia añade más complejidad al contrato, ya que lo hace depender, no ya de las vicisitudes del alimentante y del alimentista, sino también de un tercero que es ajeno a la relación negocial.

Más allá de esta singularidad, estimamos que la prestación de los cuidados a través de un tercero sería posible, siempre y cuando se incrementaran la cautelas y las exigencias, que desde luego pasarían necesariamente por la firma del contrato, la delimitación de sus obligaciones y la prevención de los mecanismos de sustitución en caso de que la prestación por parte de este tercero, se torne imposible.

⁴² STS 141/2012, de 20 de marzo de 2012, ponente Rafael Gimeno-Bayón Cobos:

«Como declara la sentencia 209/2006, de 9 de marzo, reproducida por la 380/2011, de 14 de junio «se ha venido definiendo el contrato con estipulación a favor de tercero como el que se celebra entre dos personas que actúan en nombre propio y que otorgan un derecho a un extraño que no ha tomado parte en su conclusión», lo que no es exactamente asimilable «a un contrato con estipulación a favor de tercero en el que entre estipulante y promitente se conviene una prestación a favor del tercero que confiere a este, en el supuesto de que haya aceptado (lo que puede haberse realizado expresa o tácitamente) un derecho a exigir la prestación convenida».

5. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA SITUACIÓN

Hemos podido observar, que en los contratos de alimentos suscritos se incluyeron diversas garantías para asegurar que cada una de las partes contractuales cumplieran con los compromisos adquiridos. Analicémoslas.

En primer lugar, los contratos se otorgaron en escritura pública. No es un requisito exigido por el Código Civil, pero qué duda cabe que la intervención de una persona, que no solo actúa como fedataria pública, sino que viene a desempeñar una importantísima labor de información, de asesoramiento, y de control de la legalidad de las cláusulas que las partes quieren incorporar⁴³, nos parece indispensable, dada la naturaleza del contrato y la condición de los intervinientes.

Sin embargo, en ambos casos, no solo el título se instrumentalizó en escritura pública, sino que habiéndose transmitido un capital en bienes inmuebles, también intervino la persona titular del Registro o de los Registros de la Propiedad donde quedaron inscritos los bienes inmuebles o derechos reales que eran objeto de transmisión o de constitución. Sus titulares, sin duda tuvieron presente los dos principios fundamentales sobre los que se asienta la seguridad jurídica que proporciona el sistema registral español: el principio de legalidad y el de calificación registral responsable⁴⁴.

Pero a los resultados nos remitimos. Ninguno de estos profesionales vio problema alguno en otorgar e inscribir el contrato, pese a las numerosas cuestiones controvertidas que antes hemos mencionado:

- El abuso de derecho y la clara desproporción en las prestaciones, por parte de la «Empresa-residencia», que adquiere la nuda propiedad de los inmuebles propiedad y se apropia

⁴³ Aunque la extensión del control notarial de la legalidad fue recortada por la STS, Sala 3.ª, de 20 de mayo de 2008, lo cierto es que el artículo 147 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado declara que: «El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado» y continúa en su último párrafo: «Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios».

⁴⁴ Conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria: «Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro».

de sus frutos y del 90% de la pensión de D. Antonio, pese a que el alimentante conservaba el usufructo.

- El hecho de que la prestación asistencial, causa del contrato, se pusiera fin cuando más lo iba a necesitar D. Antonio, lo que nos plantea la duda de que si realmente existía el *alea* esencial en este tipo de contratos.
- El hecho de que en ambos casos el obligado a la prestación asistencial fuera «La residencia»; es decir, una persona jurídica distinta al alimentante, que nunca intervino en el contrato.

Los padres de D. Javier utilizaron en favor de su hijo una fórmula que, lejos de ser inédita, estaba expresamente mencionada en la exposición de motivos de la Ley 41/2003 «Su utilidad resulta especialmente patente en el caso de que sean los padres de una persona con discapacidad quienes transmitan al alimentante el capital en bienes muebles o inmuebles en beneficio de su hijo con discapacidad, a través de una estipulación a favor de tercero del artículo 1257 del Código Civil».

Y D. Javier tenía la patria potestad prorrogada en virtud de un sistema pensado y puesto en práctica durante más de un siglo, para la protección de las personas que habían perdido su autogobierno, de conformidad con lo dispuesto en el antiguo artículo 200 CC.

Desde luego, no alcanzamos a comprender qué criterio de idoneidad utilizó el titular del juzgado de la localidad de Castilla León en la que se encuentra el centro residencial en el que residía don Javier, el hijo de don Juan y doña María; en qué pensaba el defensor judicial o la fiscalía para aceptar que se nombrara tutor a una persona que no tenía ningún vínculo con la persona con discapacidad y en quien concurría un serio conflicto de intereses por haber intervenido como administrador único en dos empresas intervinientes, una legalmente y otra de facto en el contrato de alimentos de quien iban a depender sus cuidados durante toda su vida.

Pero además, como hemos tenido ocasión de señalar, se incluyó una condición resolutoria explícita, garantía específicamente incluida por el legislador en el artículo 1797 CC.

Lamentablemente y pese a todas estas garantías, la «Empresa residencia», incumplió impunemente sus obligaciones, lo que desde la serenidad que exige un trabajo de investigación, pero con la firmeza derivada de una fundada sospecha personal, nos permitimos advertir: ¡cuidado, personas sin escrúpulos pueden estar engañando a las personas mayores, utilizando el contrato de alimentos! ¿Es posible?

6. EL CONTRATO DE ALIMENTOS: SALVAGUARDAS Y MEDIDAS DE APOYO

Intentaremos contestar a esta pregunta llamando la atención sobre tres circunstancias que concurrían en los casos expuestos:

- La vulnerabilidad de una de las partes intervinientes.
- La inexistencia de medidas de apoyo.
- La ausencia de publicidad.

6.1 LA VULNERABILIDAD

Como hemos puesto de manifiesto, el contrato de alimentos tiene como principales destinatarios a las personas mayores, con o sin discapacidad. Qué duda cabe que estas, en el ejercicio de su soberanía, no solo son autónomas para celebrar el contrato, sino para incluir en este, las cláusulas y salvaguardas que sean necesarias para que sus derechos se respeten y pueda ser cumplido en su integridad. La primera interesada en hacer valer su derecho será la persona mayor.

Sin embargo, al Derecho Civil nunca le ha sido indiferente la persona⁴⁵. La preocupación que tradicionalmente ha mostrado por ella, se mantiene hoy.

La Ley Azcárate⁴⁶ condenó con la sanción civil más grave, a aquellos contratos de préstamo en los que había motivos «para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, traspuso la Directiva 2014/17/UE estableciendo un régimen específico de protección de las personas consumidoras que tengan la condición de prestatarios, garantes o titulares de garantías en préstamos o créditos garantizados mediante hipoteca, dada la «la asimétrica posición que ocupan en la relación contractual el prestamista y el prestatario, que no queda salvada por el simple hecho de proporcionar al cliente información y advertencias»⁴⁷.

Y, la necesaria protección a los consumidores y usuarios, ha provocado la creación de una nueva categoría de sujetos contrac-

⁴⁵ Calificado como derecho de la persona, por Federico de Castro. Puede leerse un interesante análisis al respecto en: GARCÍA RUBIO, 2013, pp. 82-108.

⁴⁶ Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios.

⁴⁷ Preámbulo de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

tuales a los que denomina consumidores vulnerables⁴⁸, considerando como tales a «aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad».

Quizá se nos tache de paternalistas, pero a nuestro juicio, las personas adultas mayores y las personas con discapacidad mental y psíquica, son personas vulnerables, personas que, como Cuadrado Pérez⁴⁹ y Leciñena Ibarra⁵⁰ nos recuerdan, se encuentran en una cierta situación de desequilibrio en relación con otros protagonistas del tráfico jurídico y por ello existen normas, instituciones y excepciones, pensadas e incorporadas a nuestro ordenamiento para intentar reequilibrar esa situación.

Los poderes públicos, deben tomar a su favor una postura proactiva y advertir a la persona mayor que pretenda celebrar un contrato de alimentos, que su objeto es su propia vida; que para una de las partes su prestación es de tracto único, mientras que para la otra es de tracto sucesivo; que su ejecución se dilatará en el tiempo; y que, por lo tanto, estará sometido a muchas vicisitudes, entre otras que cualquiera de nosotros llegada una determinada edad podemos necesitar apoyo para el ejercicio de nuestra capacidad jurídica.

6.2 LAS MEDIDAS DE APOYO

La Ley 8/2021 modificó profundamente todo el sistema que hasta entonces se encontraba vigente para la protección a aquellas personas que, a consecuencia de una enfermedad física psíquica, habían perdido total o parcialmente su capacidad de autogobierno, conforme a la terminología del derogado artículo 200 CC.

⁴⁸ Artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

⁴⁹ Es frecuente en los ordenamientos jurídicos, el reconocimiento de la «presencia de escenarios donde algunas personas se hallan en una patente situación de desequilibrio en relación con otros protagonistas del tráfico jurídico», como por ejemplo el considerable número de normas que salvaguardan los intereses de los consumidores en sus relaciones con los empresarios. CUADRADO PÉREZ, *RCDI*, 2020, p. 36.

⁵⁰ «Ahora bien, aunque la realidad biológica no tiene necesariamente por qué incidir en la capacidad funcional de la persona, que puede conservar sus facultades intelectivas a pesar de su avanzada edad, no se puede negar que la edad es un factor que incrementa el riesgo de generar patologías que dificultan el ejercicio de la capacidad jurídica de estas personas de edad avanzada». LECIÑENA IBARRA, 2022, p. 197.

Dicha norma, no solo adaptó el derecho español a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en lo sucesivo CDPD), sino que cambió completamente el paradigma para su atención, que pasaría a estar regulado desde entonces en los artículos 249 a 300 del CC, bajo la rúbrica «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica».

Ahora la normativa ya no trata de proteger a presuntos incapaces que no pueden gobernarse por sí mismos. Las nuevas medidas de apoyo tienen por finalidad «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad», estando inspiradas «en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales» y se encuentran dirigidas a todas las personas con discapacidad que «las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica»⁵¹.

Hasta entonces, un sector doctrinal criticaba la excesiva rigidez de la regulación anterior⁵², promoviendo la sustitución de un sistema cerrado y excluyente de causas de incapacidad por otro abierto y flexible, como una de las claves que debería orientar al legislador español en una futura reforma.

Haciéndose eco de ello, el legislador de 2021 ha querido dotar de mayor flexibilidad a las medidas de apoyo, diseñando, como veremos inmediatamente, diversas formas para su constitución y estableciendo como principios básicos sobre los que erigir la reforma, los de voluntariedad, necesidad y proporcionalidad.

La incorporación del principio de proporcionalidad, era consecuencia directa de lo dispuesto en el párrafo 4, del artículo 12 CDPD, que exigió a los Estados Partes que todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica «sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de las personas».

Y así, el nuevo artículo 268 CC, comienza advirtiendo que «Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la

⁵¹ Como puede leerse en su artículo 249.

⁵² Ver en este sentido, PEREÑA VICENTE, *Diario La Ley*, 2011, p. 7: «Ya hemos visto cómo en la mayor parte de los casos en que existe sentencia de incapacitación se opta por la incapacitación total con nombramiento de tutor, lo que de hecho da lugar a la exclusión total del incapacitado en la toma de decisiones ya que el tutor va a sustituirle. En la regulación de la tutela no se prevé que el tutor pueda acompañar, apoyar en la toma de decisiones, es decir, complementar la capacidad del tutelado ya que la rigidez con que se perfilan sus funciones en el Código hace que sea un representante, y como tal, sustituya al representado».

Lo mismo sucede, pero en otro sentido con el curador, al que el Código atribuye el papel de complementar la capacidad pero no le permite, en actos concretos, representar al incapaz. Esto genera como efecto que, en aquellos casos en los que existe una necesidad de representación para cuestiones concretas, se pase del sistema de curatela al de tutela y, por tanto, se produce en la práctica un abuso del sistema de tutela. A pesar de que en el momento de su aprobación la doctrina elogió su flexibilidad, se trata de un sistema muy rígido.

Y, en el mismo sentido: PALLARÉS NEILA, AC, 2018.

persona que las precise...». Se trata con ello de convertir en realidad jurídica, la ya famosa expresión del «traje a medida» en favor de las personas con discapacidad que, lejos de ser producto de la actual regulación, nació en aplicación de la anterior y los meritorios intentos por parte de la Sala I del Tribunal Supremo de adaptarla a las disposiciones de la CDPD, que sería ratificada por España en el año 2008⁵³.

Actualmente, el Código Civil regula diversas formas por las que una persona con discapacidad puede ser apoyada en el ejercicio de su capacidad jurídica: desde el mero reconocimiento de la labor de apoyo que está realizando un guardador de hecho, a quien además se le ofrecen ciertos instrumentos para un desempeño más eficaz, hasta el nombramiento de una persona y la consiguiente constitución formal de la medida.

A efectos de este trabajo, nos interesa detenernos en las formas de constitución formal, que esencialmente son dos: mediante escritura pública otorgada por la propia persona con discapacidad o por una persona en previsión de su propia discapacidad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 254 y siguientes del CC y mediante el nombramiento por resolución judicial, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 275 y siguientes, del mismo texto. Ambas con la extensión que se considere conveniente.

Veámoslas sucintamente, para poder decidir posteriormente cuál o cuáles son más eficaces a los efectos de este trabajo.

6.2.1 La curatela

Después de la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, las medidas de apoyo de constitución judicial han quedado reducidas a dos: la defensa judicial y la curatela.

⁵³ Consecuencia de ello, nuestra jurisprudencia, reitero en sucesivas ocasiones la necesidad de «graduar la incapacidad». Por todas, STS 373/2016 de 3 de junio, ponente José Antonio Seijas Quintana: «Para que funcionen los sistemas de protección se hace necesaria una valoración concreta y particularizada de cada persona, huyendo de formalismos y de soluciones meramente protocolarias en su planteamiento, resolución y ejecución. La discapacidad presenta numerosos matices y ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas (sentencia de 13 de mayo 2015)».

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

La defensa judicial es una medida de carácter temporal cuya constitución únicamente procede cuando se requiere apoyo con carácter ocasional, «aunque sea recurrente», como advierte el artículo 250 CC.

La curatela, al contrario, es una medida de apoyo que se ejerce de modo continuado, en tanto lo precise la persona con discapacidad.

Para su constitución son necesarios tres requisitos: que la inste una persona con discapacidad; que esta persona la necesite para el ejercicio de su capacidad jurídica; y que se constituya judicialmente.

Una persona sin discapacidad no puede instar para sí un procedimiento de provisión de apoyos al objeto de constituir una medida tipo curatela. Lo único que podría hacer es otorgar una escritura pública de autocuratela, «en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás», conforme a lo dispuesto en los artículos 271 y siguientes del CC.

Ahora bien, conforme al sistema de legitimaciones reconocido en la Ley de Jurisdicción Voluntaria⁵⁴, la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, sus descendientes, ascendientes o hermanos y, por supuesto, el Ministerio Fiscal, pueden instar el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo.

La curatela, así instada, podrá tener finalmente la extensión que se considere conveniente, de forma que, en la resolución judicial, el órgano judicial determinará los actos para los que la persona requiere asistencia, «atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo», como afirma el artículo 269 CC, dado que a nuestro juicio⁵⁵, esta nueva medida de apoyo es una medida de apoyo flexible y perfectamente graduable, conforme a las necesidades de la persona.

6.2.2 Los acuerdos de apoyo

Pero, al contrario de la norma en la regulación anterior, el legislador del año 2021, mostró su preferencia hacia el hecho de que la persona con discapacidad fuera la que diseñara su propia medida de apoyo, hasta el punto de afirmar en el artículo 249 CC que, «Las

⁵⁴ Artículo 42, bis a) de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

⁵⁵ PALLARÉS NEILA, AC, 2022, p. 10; en el mismo sentido PEREÑA VICENTE, 2022, p. 181: «la curatela comprende una variedad de posibilidades que van desde el mero acompañamiento para informar, aconsejar, orientar en la toma de decisión, hasta la posibilidad de que se establezca la codecisión en determinados actos, como exigencia del principio de proporcionalidad»; y otros autores la han calificado de «curatela flexible»: RIBOT IGUALADA, 2019, p. 222.

de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate».

Y así, en los artículos 254 CC y bajo la rúbrica «De las medidas voluntarias de apoyo», incorporó *ex novo* la que, siguiendo a Amunátegui⁵⁶ denominaremos, como acuerdo de apoyo.

Estos acuerdos de apoyo, conforme a lo dispuesto en el artículo 255 CC, pueden ser otorgados por una persona con discapacidad que aprecie notarialmente que existen circunstancias que le dificultan el ejercicio de su capacidad jurídica, pero también cualquier otra persona, mayor de edad o menor emancipada, en previsión de que puedan ocurrir dichas circunstancias en un futuro.

Además, el legislador ha sido generoso a la hora de definir su posible contenido, dado que puede diseñar cualquier medida relativa a su persona o bienes, así como «las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias».

Por supuesto, el documento público contenedor de estas medidas, se inscribirá en el Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante.

6.2.3 Los poderes preventivos

Y, por último, el poder preventivo. Incorporado ya a nuestro código a través de la Ley 41/2003⁵⁷ como una modalidad de mandato, por obra de la citada reforma asume ahora la categoría de medida de apoyo en los artículos 256 y siguientes del CC.

Este instrumento, como advierte Ribot Igualada⁵⁸, proyecta su eficacia a un momento futuro, se trata de una medida anticipatoria⁵⁹. Es decir, en este caso, no es necesario que el otorgante necesite apoyo en el momento de su concesión, sino que puede otorgarlo solo para el supuesto de que en el futuro lo pueda precisar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

⁵⁶ Así los denomina esta autora, advirtiendo que «Su extensión puede alcanzar distintos tipos de actos, personales o patrimoniales, de mayor o menor trascendencia, y concebirse como medidas puntuales u ocasionales, o bien establecerse por un mayor espacio de tiempo, disponiéndose la extensión y facultades que se tengan por conveniente, y funcionando en el tráfico como legitimadores de la actuación correspondiente». AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2021, p. 575.

⁵⁷ Nos referimos a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

⁵⁸ RIBOT IGUALADA, 2021, p. 587.

⁵⁹ Así la califica AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2022, p. 108.

Además, estos poderes se han visto especialmente reforzados, ya que, como se señala en el artículo 258 CC, mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, judiciales o no⁶⁰.

Actualmente, no existe duda alguna⁶¹ en que estos poderes no solo se extiendan a cuestiones patrimoniales, sino también a las personales o sanitarias. Por lo tanto, también en este caso, la persona poderdante no solo concretará las facultades que considere oportunas sino «las medidas u órganos de control que estime oportuno, condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades, salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias» y, por supuesto, también se inscriben en el Registro Civil.

6.3 *¿QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES?: LOS ALERTADORES DE CONFIANZA*

El lector que ha seguido el hilo de este trabajo, seguramente habrá inducido ya la posible solución que proponemos para resolver el problema planteado: la constitución simultánea a la concertación del contrato de alimentos, de una medida de apoyo.

Ciertamente, no todas las personas mayores, ni todas las personas con discapacidad, necesitan apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica; pero otras muchas sí: los necesitan en el momento de obligarse contractualmente o los necesitarán en un futuro, para ejercitar eficazmente su capacidad jurídica. Y, actualmente, como hemos tenido ocasión de aclarar, nuestro ordenamiento jurídico ofrece soluciones para unos y para otros.

Las posibilidades son múltiples:

- Una persona sin discapacidad puede, en previsión, otorgar una escritura de autotratela y también un poder preventivo.

⁶⁰ Así se expresa con rotundidad en la STS 1449/2024, de 4 de noviembre, ponente M.^a de los Ángeles Parra Lucán: «7. En definitiva, por lo que interesa a efectos de este recurso, de este conjunto normativo resulta que si existe un poder preventivo general que resulte suficiente no procede constituir la curatela.

Por ello, en el caso que juzgamos, contra lo que pretende el actor ahora recurrente, la constatación por la sentencia recurrida de que la madre necesita apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica no hace ineficaz el poder general que otorgó, sino que el poder con cláusula de subsistencia, en el nuevo régimen legal, se convierte en una medida de apoyo voluntaria sometida a la ley y puede funcionar como tal».

⁶¹ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2025, p. 4; y, así puede leerse también en la mencionada sentencia del Tribunal Supremo: STS 1444/2009.

- Una persona sin discapacidad, puede iniciar en favor de su ascendiente, descendiente, hermano, cónyuge o pareja asimilable, un expediente de provisión de apoyos, para el nombramiento de un curador.
- Una persona con discapacidad, puede iniciar este mismo expediente, pero también puede otorgar «en previsión o en apreciación», en palabras del artículo 255 CC, un acuerdo de apoyo o un poder preventivo.

La cuestión es: ¿qué medida elegir?

Sin duda la constitución judicial de una medida de apoyo, de tipo curatela, es una garantía para que un tercero vigile el cumplimiento de la voluntad que una persona expresó en el contrato de alimentos. Y si, además, es el propio alimentista quien diseña en escritura pública su propia autocuratela para su constitución en un futuro, pues mejor todavía.

Claro está, siempre que no se designe a quien directa o indirectamente está relacionado con el negocio jurídico subyacente. Precisamente, el hecho de que el artículo 250 del CC proscriba tener con quien ejerce el apoyo una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga, hace más fácil que ningún juzgador considere idóneo a la persona que se ha constituido, como alimentante.

Y, por supuesto, las funciones de un curador, bien con carácter asistencial o con carácter representativo, son absolutamente compatibles, con las de supervisión del cumplimiento del contrato de alimentos que propugnamos.

Sin embargo, como hemos tenido ocasión de afirmar, esta medida de apoyo es de constitución judicial. Aunque se haya otorgado una escritura de autocuratela, es imprescindible que alguna de las personas legitimadas o el Ministerio Fiscal inicie el expediente de provisión de apoyos. Y si nadie lo hace: *game over* y vuelta a la casilla de salida, si se nos permite la expresión.

Por ello consideramos más adecuada una medida voluntaria. No solo porque es congruente con la intención advertida del legislador de privilegiar este tipo de medidas frente a las de constitución judicial, sino porque será el culmen del respeto a la voluntad del alimentista que, a modo de interpretación auténtica, será quien advierta a la persona de apoyo la esencia de su voluntad negocial, qué quiso cuando concertó el contrato de alimentos y que prestaciones esperaba a cambio.

Pueden utilizarse cualquiera de las medidas previstas en los artículos 255 y 257 CC, es decir, los acuerdos de apoyo o los poderes preventivos, ya que son muy similares tanto en cuanto a la forma, como en cuanto a la extensión.

No obstante, pensamos⁶² que, tratándose de una persona con discapacidad, lo más adecuado es otorgar unos acuerdos de apoyo; y, si se trata de una persona mayor, sin discapacidad, unos poderes preventivos.

Tratándose de una persona mayor sin discapacidad, será ella misma quien al diseñar esos apoyos, determine el *dies a quo* a partir del cual se empezará a ejercer; por ejemplo, a criterio de un neurólogo o de un psiquiatra; o cuando se alcance un grado determinado de dependencia, o cuando se tenga un porcentaje de discapacidad o, sencillamente, llegada una determinada edad⁶³. Si no se produce ese evento, no se activarán dichas medidas y seguirá siendo la propia persona quien ejerza y defienda sus derechos.

Pero, además, la medida de apoyo cuya constitución se decida, podrá tener la amplitud que el constituyente tenga por conveniente. Puede que su situación personal, le invoque extender esa medida de apoyo tanto a su persona como a su patrimonio. Pero puede que solo le preocupe poder controlar el cumplimiento del contrato, cuando sus reservas físicas y cognitivas se agoten, actualizando así la célebre expresión de Juvenal: *¿quis custodiet ipsos custodes?*

Y es en este caso donde consideramos incluir a quienes denominaremos como «alertadores de confianza»⁶⁴.

El alertador de confianza, es aquella persona designada por la persona mayor o por la persona con discapacidad, para asegurarse de que se cumplan las prestaciones previstas en el contrato de alimentos cuando, llegado un determinado momento, se piense que

⁶² Compartimos esta preferencia y su justificación con Amunátegui Rodríguez: «No obstante, los riesgos que en la práctica presentan habitualmente los poderes generales, atenuados por la necesidad de ajustarse el apoderado a las instrucciones del representado, la posibilidad de ratificación por el mandante de lo hecho en caso de extralimitarse en su función el mandatario y la facultad de revocar el negocio cuando la actuación y actividad del apoderado ya no se produzcan el interés del mandante, se convierten en sumamente peligrosos cuando precisamente el poderdante ya no puede hacer uso de tales funciones de control al no tener facultades, quedando gráficamente en manos del mandatario». AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2025, p. 5.

⁶³ Varios de estos criterios son recogidos por RIBOT IGUALADA, 2021, p. 593.

⁶⁴ La figura está inspirada en la figura de los «alertadores fiables», prevista en el artículo 22 del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales). Se trata de expertos en detectar determinados tipos de contenidos ilícitos en línea, como la incitación al odio o los contenidos terroristas, y en notificarlos a las plataformas en línea. Conforme a dicho artículo la condición de «alertador fiable» será otorgada a un solicitante que haya demostrado que cumple todas las condiciones siguientes:

- a) poseer conocimientos y competencias específicos para detectar, identificar y notificar contenidos ilícitos;
- b) no depender de ningún prestador de plataformas en línea;
- c) realizar sus actividades con el fin de enviar notificaciones de manera diligente, precisa y objetiva.

Los prestadores de plataformas en línea deben dar prioridad a las notificaciones enviadas por los alertadores fiables.

no va a poder ejercitar su capacidad jurídica en las mismas condiciones que los demás.

Este alertador de confianza se constituirá en salvaguarda de cumplimiento del respeto de su voluntad, deseos y preferencias.

Desde luego sería posible incluir esta figura en el propio contrato de alimentos. Se daría entrada a un tercero que también firmaría el contrato, en virtud de una cláusula que, no siendo contraria a ley, moral u orden público, creemos encaja perfectamente en las reglas del juego del principio de la autonomía de la voluntad.

Sin embargo, la desaconsejamos, ya que no conjuraría uno de los problemas advertidos que han sufrido los protagonistas de los casos analizados: aunque el contrato se otorgue en escritura pública y, por lo tanto, tenga efectos frente a terceros, es posible que se mantenga reservado entre las partes y por lo tanto los efectos pretendidos pueden devengar ineficaces.

La inclusión de la figura de los alertadores en una escritura de provisión de apoyos, con alusión directa al contrato de alimentos firmado, recibe los beneficios de la publicidad registral de este tipo de medidas, potenciando fuertemente su cumplimiento y evitando abusos y fraudes como los relatados.

6.4 CONDICIÓN Y FUNCIONES DE LOS ALERTADORES DE CONFIANZA

El alertador de confianza es una persona de apoyo, designada como tal en la escritura pública de constitución de la medida de apoyo.

A nuestro juicio, las personas a quienes se designe como alertadores de confianza deberían cumplir ciertos requisitos:

- Ser terceros, extraños a la relación jurídica subyacente. No solo porque al ser parte de una relación contractual con la persona a quien se apoya, incurrirían en la prohibición recogida en el artículo 250 CC, sino porque solo siendo ajeno a dicha relación se puede tener cierta garantía de que este alertador tenga como única misión salvaguardar la voluntad de la persona expresada en el contrato de alimentos.
- Preferentemente, ser persona jurídica, sin ánimo de lucro. La condición jurídica de la persona puede favorecer la supervivencia al alimentista, probablemente persona ya mayor, cuyas personas físicas de confianza serán en buena medida contemporáneos sometidos a sus mismas vicisitudes vitales. Y el hecho de que no tenga ánimo de lucro, cohonesta con los requisitos que el artículo 275 exige para que una persona

jurídica sea curadora. Para nosotros es una garantía más de imparcialidad y dedicación al apoyo encomendado, el hecho de que se designe como alertador de confianza a una fundación, asociación, federación o confederación que tenga por objeto la defensa y atención a personas con discapacidad.

- Y, por último, a esta persona se le deberá dotar de instrumentos suficientes para poder comprobar y, en su caso salvaguardar el respeto a la voluntad, deseos y preferencias, del alimentante.

Para ello, además de otras que el otorgante considere relevantes para la prestación del apoyo a su capacidad jurídica, se le deberán otorgar amplias facultades, directa o indirectamente relacionadas con el control del contrato en su día formalizado y que pueden extenderse tanto a cuestiones relacionadas con su persona, como con su patrimonio; por ejemplo:

- Supervisar que las prestaciones asistenciales que está recibiendo son las previstas en el contrato.
- Que el lugar donde se prestan los servicios asistenciales sea el previsto en el contrato y que siga reuniendo todas las condiciones previstas en el momento de su concertación, facultando para exigir al alimentante su sustitución en caso contrario.
- Facultades relativas a la vigilancia de su salud, incluida la posibilidad de acceder a su historial clínico y poder tratar con los facultativos que le atienden, para saber si las prestaciones asistenciales previstas son las que necesita actualmente o han de variarse en su intensidad.
- Y, en caso de reserva de usufructo, promover y vigilar que se sigan obtenido del bien usufructuado los frutos necesarios para seguir satisfaciendo las necesidades, presentes y futuras del alimentista.

7. CONCLUSIONES

Como decíamos anteriormente, estamos ante un instrumento lícito que junto con otros pueden ayudar a paliar las necesidades de las personas mayores o mayores con discapacidad. No se entiendan estas líneas como una crítica a su existencia, sino a que la insuficiencia de su regulación puede llevar a resultados torticeros.

No es razonable que este contrato, claramente dirigido a un colectivo vulnerable y tan íntimamente ligado a la dignidad de las

personas, no sea uno de los escasos en los que se exige una forma *ad solemnitatem*. Pese a lo ocurrido en los casos descritos, nos resistimos a creer que la intervención de un profesional en Derecho no conjure buena parte de los riesgos que su utilización puede conllevar.

Es necesario revisar y someter a un riguroso escrutinio su regulación, a fin de tapar las grietas que personas sin escrúpulos pueden estar aprovechando para lucrarse.

Invitamos al poder ejecutivo y legislativo a realizar proactivamente una labor didáctica que permita ofrecer a los mayores vulnerables la información necesaria para saber conjugar y proteger sus intereses personales y patrimoniales con garantías.

Y, en cualquier caso, apelamos al prestigio de la abogacía y del notariado español y a su reconocida vocación social, para asesorar a las personas que pretendan realizar este contrato y fomentar su constitución pareja con medidas de apoyo, con la extensión que se considere oportuna y con la finalidad de impedir que su utilización torticera y fraudulenta se convierta en cárcel del alma de quien más lo necesita.

... antes que te descuaje un torbellino
y tronche el soplo de las sierras blancas;
antes que el río hasta la mar te empuje
por valles y barrancas,
olmo, quiero anotar en mi cartera
la gracia de tu rama verdecida.
Mi corazón espera
también, hacia la luz y hacia la vida,
otro milagro de la primavera.

BIBLIOGRAFÍA

- BERENGUER ALBALADEJO, Cristina: *El contrato de alimentos*, Dykinson, Madrid, 2012.
- CALAZA LÓPEZ, Alicia: *El Contrato de alimentos como garantía de asistencia vitalicia*, Aranzadi, Pamplona, 2020.
- COMUNIDAD DE MADRID. CONSEJERÍA DE FAMILIA, JUVENTUD Y POLÍTICA SOCIAL: *Programa de acción en red*, 2023.
- CUADRADO PÉREZ, Carlos: «Modernas perspectivas en torno a la discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, pp. 13 a 90.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: «Artículo 255 CC», en *Comentarios a la Ley 8 / 2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* / Cristina Guilarte Martín-Calero (dir.), 2021, pp. 571-576.
- «Las medidas voluntarias de apoyo», en *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, coord. por Pedro Chaparro Matamoros, Alvaro Bueno Biot; José Ramón de Verda y Beamonte (dir.), 2022, págs. 107-140.

- «Los poderes preventivos y su correcto entendimiento. Comentario a la STS núm. 1449/2024 de 4 de noviembre (JUR 2024, 420540)», *CCJC*, núm. 127, 2025.
- DÍAZ ALABART, Silvia: *La protección jurídica de las personas con discapacidad: (estudios de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)*, Ibermutuamur, Madrid, 2004.
- ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa: *El contrato de alimentos en el Código civil*, Dykinson, 2011.
- «El nuevo contrato de alimentos: estudio crítico de sus caracteres», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 60, núm. 2019-20, 2006, pp.3461-3481.
- GÁLVEZ CRIADO, Antonio: *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicios: (especial estudio del derecho de desistimiento)*, Tirant lo Blanch, 2008.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «La persona en el derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas», *Teorder* 2013, núm. 14, pp. 82-108.
- HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar: *Principales aspectos del nuevo contrato de alimentos como mecanismo de protección de las personas mayores*, Madrid, 2005.
- LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «Tráfico negocial de las personas mayores vulnerables con poderes sin cláusula de subsistencia en el caso de precisar», Ascensión Leciñena Ibarra, (dir.) en *Intervención en el tráfico jurídico-económico de las personas mayores vulnerables por razón de edad*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 193-212.
- LÓPEZ PELÁEZ, Patricia: «La financiación de la calidad de vida de las personas mayores: Renta vitalicia y contrato de alimentos», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 70, 2007, pp. 107-132.
- MINISTERIO DE JUSTICIA: *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*, 2023.
- MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio: «Artículo 1791», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Bercovitz Rodríguez Cano, R., (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 12261.
- PALLARÉS NEILA, Javier: «La ineludible proporcionalidad y graduación de las medidas de protección de adultos», *Actualidad Civil* núm. 11, noviembre 2018, núm. 11, 1 de nov. de 2018, Editorial Wolters Kluwer.
- *La protección de la vivienda habitual como exigencia del derecho a vivir de forma independiente de las personas con discapacidad: análisis teórico y realidad empírica*, J. M. Bosch Editor, 2017.
- «El traje nuevo del emperador: análisis de la jurisprudencia menor un año después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021», *Actualidad Civil* núm. 9, septiembre 2022, núm. 9, 1 de sep. de 2022, Editorial La Ley.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat: *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2006.
- «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?», *Diario La Ley* núm. 7691, 9 de septiembre de 2011, pp. 1-15.
- «La regulación del contrato de alimentos: Logros y carencias», en *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez* / coord. por Eugenio Llamas Pombo; Mariano Alonso Pérez (hom.), Vol. 2, 2006, pp. 553-574.
- «Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la ley 8/2021 de 2 de junio», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, coord. por María Núñez

- Núñez; Montserrat Pereña Vicente (dir.), María del Mar Heras Hernández (dir.) Tirant lo Blanch, 2022.
- PÉREZ DÍAZ, Julio; RAMIRO FARIÑAS, Diego; ACEITUNO NIETO, Pilar; ESCUDERO MARTÍNEZ, Jesús; BUENO LÓPEZ, Clara; CASTILLO BELMONTE, Ana Belén; DE LAS OBRAS-LOSCERTALES SAMPÉRIZ, Julia; FERNÁNDEZ MORALES, Isabel, Y VILLUENDAS HIJOSA, Begoña: «Un perfil de las personas mayores en España, 2023. Indicadores estadísticos básicos», CSIC, 2023.
- RAMS ALBESA, Joaquín: «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, 2011, pp. 211 a 296.
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «Artículo 257 CC», en *Comentarios a la Ley 8 / 2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* / Cristina Guilarte Martín-Calero (dir.), 2021, pp. 578-603.
- «La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento», en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Sofía de Salas Murillo (dir.), María Victoria Mayor del Hoyo (dir.), 2019, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 215-252.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio: «El contrato de vitalicio como alternativa apropiada a la desheredación», *ADC*, tomo LXXVI, 2023, fasc. III (julio-septiembre), pp. 989-1040.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «El contrato de alimentos cuestiones controvertidas a la luz de la práctica judicial», en *La obligación de alimentos: un análisis multidisciplinar* / coord. por Inmaculada Vivas Tesón, Pedro Botello Hermosa, 2024, pp. 203-242.
- YANGUAS LEZAUN, José Javier; CILVETI SARASOLA, Amaya; HERNÁNDEZ CHAMORRO, Sonia; PINAZO-HERNANDIS, Sacramento; ROIG CANALS, Susanna, Y SEGURA TALAVERA, Cristina: «El reto de la soledad en la vejez», Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria, *Revista de servicios sociales*, núm. 66, 2018, pp. 61-75.

JURISPRUDENCIA

- STS de 17 de octubre de 1932, ponente Javier de Elola Díaz (ES: TS:1932:1291).
- STS de 28 de mayo de 1965, ponente Juvencio Escribano Ruiperez (ES: TS:1965:961).
- STS de 1 de julio de 1982, ponente José Beltrán de Heredia y Castaño (ES: TS:1982:1171).
- STS de 26 de febrero de 2007, ponente José Almagro Nosete (ES: TS:2007:1044).
- STS de 20 de mayo de 2008, ponente Octavio Juan Herrero Pina (ES: TS:2008:2176).
- STS de 12 de junio de 2008, ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (ES: TS:2008:3607).
- STS de 20 de marzo de 2012, ponente Rafael Gimeno-Bayón Cobos (ES: TS:2012:1921).
- STS de 3 de junio de 2016, ponente José Antonio Seijas Quintana (ES: TS:2016:2573).

- STS de 15 de febrero de 2022, ponente M.^a de los Ángeles Parra Lucán (ES: TS:2022:608).
- STS de 4 de noviembre de 2024, ponente M.^a de los Ángeles Parra Lucán (ES: TS:2024:5267).
- STS de 19 de febrero de 2025, ponente Pedro José Vela Torres (ES: TS:2025:614).

