

**EL CONTRATO DE VITALICIO DE LA NUEVA LEY DE
DERECHO CIVIL DE GALICIA COMO SOLUCION
ASISTENCIAL PRIVADA PARA LAS PERSONAS DEPENDIENTES**

Víctor Peón Rama

Notario

María Rovira Sueiro

Prof.^a. Titular Derecho Civil de la Universidade da Coruña

RESUMEN:

La principal finalidad de este trabajo es presentar al vitalicio como alternativa para la asistencia integral de las personas mayores. En este sentido su regulación en la Ley de Derecho Civil de Galicia con un contenido mínimo imperativo bastante completo resulta especialmente oportuna a tal fin.

Palabras clave: Obligación pasiva transmisible; Asistencia integral; Resolución contractual; Tercera edad; Contrato oneroso.

ABSTRACT:

The present work has principally the object to show how the vitalicio contract can be one of the most opportune ways to give to old age all-embracing assistance. Regarding this subject we should insist on the characteristic minimal content of this contract in the Galicia's Civil Law.

Key words: transmissible passive liability; all-embracing assistance; contractual resolution; old age; onerous contract.

El contrato de vitalicio de la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia como solución asistencial privada para las personas dependientes

El presente trabajo tiene como objetivo prioritario el análisis del contrato de vitalicio como alternativa privada a las deficitarias ayudas sociales públicas para hacer frente al fenómeno, cada vez más presente en nuestra realidad social, del envejecimiento de la población y el consiguiente aumento progresivo de personas en situación de dependencia. Puesto que si bien el supuesto normal sigue siendo la capacidad de la persona y por tanto su independencia, la cruda realidad demuestra que este principio se torna excepcional a medida que uno envejece o incluso a medida que desarrolla una enfermedad degenerativa cuyo potencial padecimiento es en la actualidad fácilmente predecible gracias a los avances médicos especialmente en la rama genética.

Envejecimiento y padecimiento temprano de enfermedades degenerativas que no necesariamente suponen una disminución de la esperanza de vida de quien las sufre, son dos de las notas más características de la sociedad del siglo XXI que demandan con urgencia una adecuada respuesta jurídica. Sin embargo, hasta el presente el Derecho no ha logrado ofrecer soluciones satisfactorias, al margen de actuaciones sectoriales de las administraciones públicas que desarrollan políticas sociales de atención a un sector en alza mediante ayudas económicas puntuales y creación de centros especializados públicos y concertados. El tomar conciencia de esta situación nos ha llevado a la búsqueda de alternativas en el ámbito del Derecho privado sede en la que por antonomasia la autonomía de la voluntad alcanza sus mayores cotas de desarrollo.

Durante mucho tiempo y a falta de previsión legal se utilizó como instrumento privado con finalidad asistencial el contrato de renta vitalicia, más concretamente la renta vitalicia onerosa, en la modalidad en la que el constituyente de la renta y el beneficiario eran la misma persona y era su vida la contemplada para determinar la duración. Esta opción tenía la clara ventaja de permitir a la persona asegurarse un flujo económico con el que atender sus necesidades pero dejaba otra serie de aspectos igualmente importantes desamparados. Así por ejemplo si llegaba la temida incapacidad y los términos del contrato se incumplían ¿quién podía reclamar su cumplimiento? y, resultando éste infructuoso, ¿quién ejecutaba la hipoteca? o, incluso si se hubiese pactado resolver el contrato ¿quién ejercitaría la resolución? Era y es muy poco el margen de maniobra que ofrece esta opción lo que, a nuestro juicio la desaconseja a favor del contrato de vitalicio el cual, aun cuando en los supuestos de incumplimiento se reproducen casi los mismos problemas que el contrato anterior, sin embargo durante su vigencia permite a la persona alcanzar una atención integral al menos potencialmente sobre todo en el ámbito del Derecho civil de Galicia por cuanto, tal y como trataremos de exponer a lo largo de presente trabajo, cuenta con una regulación que dota a esta figura de un contenido mínimo y un régimen jurídico muy interesante desde la perspectiva que aquí interesa y que además ha sido recientemente modificada por la nueva Ley de Derecho civil de Galicia aprobada por el Parlamento de Galicia el día 6 de junio de 2006¹.

No significa lo anterior que el legislador estatal se haya mantenido ajeno a esta realidad y en esa línea nos encontramos con 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 esa finalidad. Pero sin duda la experiencia de la realidad gallega se presenta muy atrayente no sólo en su propio ámbito territorial sino más allá como pauta interpretativa por ejemplo del nuevo contrato de alimentos del Código Civil.

¹ Publicada en el Boletín Oficial del Parlamento de Galicia nº 159, de 12 de junio de 2006.

Resulta prácticamente innecesario recordar que si, en algún punto, la anterior Ley de Derecho Civil de Galicia, resultó innovadora fue precisamente en el relativo al contrato de vitalicio. La anterior Ley de Derecho civil de Galicia, de 24 de mayo de 1995 supuso el primer reflejo legislativo de una figura que, pese a tener un consolidado reconocimiento jurisprudencial y una notable salud práctica, que permitiría incluso hablar de una efectiva «tipicidad social», no tenía refrendo normativo en ninguno de los restantes Derechos Civiles españoles. Todo lo más alguna similitud como ha puesto de relieve la jurisprudencia con la «dación personal», institución consuetudinaria del Alto Aragón mencionada en el art. 33 de la Compilación de Derecho civil de Aragón, por la que un célibe o viudo sin hijos u otros descendientes se asocia con todos sus bienes a una casa o familia, y se obliga a trabajar en la medida de sus aptitudes en beneficio de la misma y la instituye heredero universal al fin de sus días a cambio de ser mantenido y asistido, sano y enfermo, con lo necesario, así como el vestido y calzado según su clase y de que a su fallecimiento se costeen el entierro, funeral, misas y sufragios de costumbre en la parroquia. Y también con la «pensión alimenticia» de Cataluña, (ajena a los censales, violarios y vitalicios regulados en el Derecho escrito) en virtud de cuyo contrato una persona se obliga a prestar alimentos en su domicilio en compensación de la cesión de bienes, generalmente inmuebles, que le hace el alimentado, por durante la vida de éste, con la particularidad de que si surgen desavenencias y viene la separación, los alimentos se sustituyen por una pensión en efectivo². A lo que en la actualidad hay que añadir, como ya hemos adelantado, el nuevo contrato de alimentos arts. 1791 a 1797 CC que sustituye al denominado por la jurisprudencia contrato de vitalicio³.

El acierto del legislador gallego y su originalidad inicial no obsta para que el texto legislativo constituya fundamentalmente una transposición al Derecho positivo de la doctrina configurada por vía consuetudinaria y consolidada por vía jurisprudencial⁴ (hecho que lejos de ser criticable constituye la gran virtud de la labor positivizadora⁵), completada con aquellas aportaciones que el legislador consideró que incrementaban la delimitación de los contornos y la utilidad de la figura en el ámbito propio del Derecho civil gallego en el cual, dicho sea de paso, no se cuestiona su vigencia incluso con anterioridad a la LDCG del 95, tal y como recogen numerosas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia como por ejemplo la de 8 de junio de 2004.⁶

Del pasar de los años al albor de cobertura legal y de la realidad social descrita se concluye el asentamiento logrado por el vitalicio que se consolida como fórmula pujante de alternativa asistencial para personas dependientes y potencialmente depen-

2Cfr STS de 1 de julio de 2003 (RJ 2003, 4321).Es más, como se recoge también en esa sentencia, en el campo del Derecho Comparado a nivel internacional, se hace necesario buscar figuras meramente próximas al vitalicio. Caso del «entretien viager» suizo, el «altenteil» alemán, el «bail a nourriture» francés o el «vitalizio alimentare» o «contrato di mantenimento» italiano, que presentan como nota común la idea de la prestación alimenticia o de manutención integral.

3 Cfr. Fundamento Jurídico 1º de la STS de 17 de marzo de 2006 (JUR 2006, 124529)

4 Con arranque en la conocida STS de 28 de mayo de 1.965, (RJ 1965, 3172) continuada por otras muchas [STS de 6 de mayo de 1980, (RJ 1980, 1785); 30 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8708); 31 de julio de 1991 (RJ 1991, 5676); 18 de enero de 2001, (RJ 2001, 1319); 1 de julio de 2003 (RJ 2003, 4321); 17 de marzo de 2006, (JUR 2006, 124529)]

5 Es más este continuismo con la «realidad histórica del vitalicio en Galicia con un perfil singularmente definido y firme al ponerse al servicio de la conservación de la casa», recogiendo en su regulación la LDCG la configuración consuetudinaria (STSJ Galicia de 13 de marzo de 2.002) es lo que justifica que el más alto tribunal gallego entre a conocer en casación en casos de negocios jurídicos celebrados antes de la entrada en vigor de la citada Ley.

6 (RJ 2005, 5348). Asimismo se afirma la vigencia de este contrato en Galicia en otras muchas sentencias anteriores v.g.r. STSJG 11 de junio 1996, (RJ 1997, 486), 2 de diciembre de 1997 (RJ 1998, 8251) y 5 noviembre de 1998, (RJ 1999, 1247) y de 11 de febrero de 2000 (RJ 2000, 4238).

dientes, lo que invita ciertamente a intentar realizar una valoración del mismo a través de las carencias y de los problemas que resultan de su puesta en práctica⁷, sobre todo cuando nos encontramos con una regulación recientemente modificada.

Desde esta óptica, vamos a abordar los nuevos rasgos de esta figura a través de un análisis comparativo del antes y el después y de los aspectos previstos legislativamente. En este sentido resulta elocuente el aumento de preceptos que constituyen el régimen jurídico actual pues se ha pasado de cinco (arts. 95 a 100 de la ya derogada LDCG de 1995) a diez (los arts. 1147 a 156 LDCG de 2006).

En lo concerniente al primer campo y en primer lugar nos encontramos con el propio concepto de vitalicio facilitado por el actual art. 147 LDCG a tenor del cual «por el contrato de vitalicio una o varias personas se obligan respecto a otra u otras a prestar alimentos, en los términos que convengan, a cambio de la cesión de determinados bienes o derechos» que se completa con lo previsto en el párrafo 1º del art. 148 LDCG en el sentido de que «la prestación alimenticia deberá comprender el sustento, la habitación, el vestido y la asistencia médica, así como las ayudas y cuidados, incluso los afectivos, adecuados a las circunstancias de las partes».

El concepto legal actual, que prácticamente reproduce el tenor literal del anterior art. 95, siempre ha merecido, a nuestro juicio con razón, una calificación positiva; no sólo por ser una transcripción en lo esencial de la conocida STS de 28 de mayo de 1.965⁸, sino porque refleja la principal nota característica de este contrato, con la flexibilidad además que la misma exige. Nos referimos obviamente a la función asistencial sin la cual el vitalicio carece de sentido o se reorienta hacia otras figuras contractuales con las que ese fin asistencial no se logra tan cumplidamente. Recoge la construcción típica de esta modalidad contractual forjada por la práctica que lo concebía, sobre todo, como asistencia integral de la persona de ahí la peculiaridad de la incorporación como elemento del contrato de los cuidados *afectivos*, tan necesarios para cualquiera tanto más cuando se trata de personas mayores dependientes una de cuya demandas principales es el cariño y afecto de quienes les atienden.

Precisamente la importancia de esta nota se pone de relieve porque de la misma se derivan los dos rasgos configuradores de esta categoría contractual: la aleatoriedad y el carácter personalísimo de la prestación asistencial en su parte activa, rasgos cuyo alcance analizaremos posteriormente, sin perjuicio de adelantar, por una parte, que la idea de asistencia no conlleva como presupuesto la situación de necesidad en el alimentista, -nota diferencial con la obligación legal de alimentos-, la esencia del contrato radica en que el cedente dispone de bienes con los que satisfacer sus necesidades y ha optado por celebrar este contrato para tal fin, con la modalización que la idea de incertidumbre sobre la cuantía de estas necesidades y sobre la duración de su vida introduce sobre lo que sería sino un puro contrato conmutativo.

Es más reiterada jurisprudencia, con buen criterio, insiste en este extremo y así suele afirmarse que ningún precepto de la LDCG impone como condición o requisito para el otorgamiento del contrato por parte del alimentista que éste se encuentre en la necesidad de recibirlos como así ocurre en la obligación legal de prestar alimentos en que lo dispone expresamente la Ley. No es de aplicación por ello al vitalicio lo dispuesto en el art. 147 CC, ya que lo en él pactado depende exclusivamente de la auto-

7 Ni que decir tiene que no pretendemos con el presente trabajo efectuar un estudio global de la institución, pues, abstracción hecha de nuestras propias limitaciones, resulta evidente que no es ésta la sede adecuada para tal fin. Nos limitaremos a intentar reflexionar sobre aquellos puntos que en la práctica han venido resultando más conflictivos o, al menos, más necesitados de aclaración o desarrollo legislativo.

8 (RJ 1965, 3172).

nomía de la voluntad y a ello, a lo pactado, habrá de estarse. Pretender otra cosa sería desvirtuar la naturaleza contractual del vitalicio y confundirlo con aquella institución de naturaleza jurídica totalmente diferente, aunque el concepto de alimentos sea común para ambos. Esto ya lo había puesto en su día de manifiesto el Tribunal Supremo en sentencia de 1 de julio de 1969, y lo recogió años más tarde el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la sentencia de 17 de enero de 2000 en la que se señalaba que no era precisa «la necesidad del alimentista como requisito del contrato, siendo meramente indicativa del mismo al respecto la relación legal de obligaciones que establece el párrafo 2 del art. 95 LDCG, pues no otro sentido puede tener, en relación a lo dispuesto en el párrafo 1, la expresión en todo caso que la preside»⁹.

Pero es que además, las necesidades pueden ser simplemente de afecto en este sentido también parece ir la jurisprudencia, así la sentencia que acabamos de señalar en su fundamento jurídico 4º afirma que los cuidados y ayudas de tipo afectivo pueden ser incluso los determinantes de la celebración de este tipo de contratos «siendo la prestación de alimentos incluso necesaria, aunque secundaria, como causa del contrato, por lo que en la configuración del mismo como contrato típico la necesidad de alimentos por parte del alimentista no aparece como determinante de su esencia, y así lo ha establecido la Ley al no exigirla como requisito del mismo».¹⁰ Hoy en día la redacción actual del art. 149.2 LDCG no deja lugar a dudas en cuanto a su independencia y así se establece literalmente que «será válido el vitalicio entre ascendientes y descendientes, sin perjuicio de la obligación de alimentos establecida por ley», aún así se echa en falta la previsión expresa de su validez entre cónyuges.

El otro rasgo emblemático que no siempre se destaca es el carácter personalísimo de la prestación asistencial frente al asentimiento unánime de su aleatoriedad. Es más, existe una cierta tendencia a la identificación del carácter personalísimo con la parte pasiva de la obligación, lo que hace «huir» a algunos comentaristas de su utilización en este contrato al entenderla contradictoria con la transmisibilidad de la obligación contenida hoy en el art. 151 LDCG¹¹. No obstante, limitado el carácter personalísimo a la parte activa como elemento esencial del contrato, -accidental en la parte pasiva-, adquieren sentido muchos aspectos de la estructura funcional del vitalicio, como trataremos de exponer en las páginas siguientes.

Por lo demás también merece ser subrayada la adopción de una solución mixta en la delimitación del contenido contractual frente a fórmulas abiertas y cerradas, optando el legislador por primar el juego de la autonomía de la voluntad pero con la restricción que supone la existencia de un contenido mínimo imperativo delimitativo del tipo, cuya consecuencia inmediata y evidente es la necesidad de precisar convencionalmente aspectos como la obligación de convivencia (más allá de la prestación de habitación), los gastos de funeral y entierro¹², la existencia de una prestación en metálico, siempre con carácter complementario, -pues de otra forma estaríamos ante otra figura, la renta vitalicia, de la que pretendemos escapar-, o incluso cualquier otra modalización de las prestaciones mínimas.

Desde esta óptica, y desde la de seguridad jurídica, se podría plantear la necesidad de introducir una mayor precisión en la Ley a la hora de fijar el contenido mínimo

9 Cfr. STSJG 17 de enero de 2000 (RJ 2000, 6954), fundamento jurídico 4º. Idea que se desprende también del contenido de pronunciamientos posteriores como son las SSTSJG de 11 de febrero de 2000, y 18 de octubre de 2005, (RJ 2000, 4238 y RJ 2005, 7545 respectivamente).

10 (RJ 2000, 6954).

11 Que sustituye al anterior ar. 97 LDCG del 95.

12 Para no tener que ir a la vía del artículo 1.894.2 CC o, incluso, del 1.258 CC.

legal en atención a aquellos casos en que se haya optado por no introducir pacto alguno, pero ello desvirtuaría el acierto del legislador gallego al elegir una fórmula mixta. Entendemos, por lo tanto, que es la voluntad expresa de las partes mediante el concreto contenido contractual la que debe perfilar las prestaciones. Exigir una mayor delimitación en la Ley implicaría, con la disculpa de perfilar ese mínimo imperativo, pasar en realidad a la fórmula de enumeración exhaustiva que, a nuestro juicio oportunamente, se ha querido evitar tanto en el año 1995 como en la redacción actual de la LDCG de 2006.

Adquiere así mucha importancia, más de la que en principio parece, la delimitación convencional del contenido, pues con su correcta fijación no sólo se dota de seguridad jurídica a la relación contractual, sino que se incide en la propia calificación de la relación al repercutir en la nota de la aleatoriedad. Pensemos en el caso de la prestación médica o, incluso, farmacéutica. Resulta de extraordinaria trascendencia fijar si incluye la libre elección del alimentista respecto de hospital y/o médico, con inclusión expresa de la medicina privada aún teniendo acceso al sistema de la seguridad social. Es indiscutible que la proporcionalidad entre las prestaciones que tanto preocupa a la hora de deslindar la figura de las transmisiones a título gratuito, con la consiguiente apreciación de fraude o simulación, se debe valorar de forma muy diversa ante la expectativa de gastos, los cuales dependen en gran medida de la amplitud de las eventuales prestaciones pactadas, y ello aún cuando el alimentista tenga ya una edad muy avanzada o algún tipo de enfermedad.

Precisamente el temor al fraude o a la simulación, en realidad fundado pues la práctica forense lo evidencia¹³, quizá fue lo que impulsó al legislador en el año 1995 a introducir el recordatorio de la doctrina más general a la hora de calificar un contrato de la prevalencia de la realidad subyacente sobre el *nomen iuris*, así el anterior art. 96.1 establecía que «las normas de este capítulo serán de aplicación cualquiera que fuese la calificación jurídica que las partes atribuyesen al contrato», con todo resulta plausible su desaparición del texto articulado actual.

Siguiendo con los aspectos sí regulados y, en concreto, con el mismo orden expositivo de la Ley, nos encontramos con la exigencia de forma pública del actual art.150 LDCG. Ahora bien si comparamos esta redacción que establece que «para que tenga efectos frente a terceros, el contrato de vitalicio habrá de formalizarse en escritura pública» con la anterior en la que se decía que «este contrato se formalizará en documento público» la cuestión interpretativa que inevitablemente planteaba el derogado art. 96.2 acerca de si la exigencia de una determinada forma se concebía como presupuesto de eficacia del contrato, en la línea del 1.280 CC, o bien, por esta misma razón, como un presupuesto de su validez ya no se plantea pues se ha optado sin ambages por su exigencia en el campo de la eficacia que no de la validez..

Por su parte, el actual art. 151 LDCG, que se corresponde prácticamente con el anterior art. 97¹⁴ 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». Quizá lo más destacable del tenor actual sea la desaparición de la distinción entre herederos y legatarios, y la sustitución del término *subsistirá* por *durará*. Cambios que como puede advertirse poco han servido para atajar los problemas hermenéuticos que planteaba su anterior redacción a la hora de precisar la consecuencia jurídica y que, por lo tanto, se mantienen en la actualidad.

13 Pues son muchas las sentencias que tienen precisamente su origen en esa tentativa defraudatoria como por ejemplo el supuesto de hecho contemplado en la STSJG de 13 de marzo de 2002 (RJ 2002, 6973).

14 En la LDCG de 1995 la transmisibilidad se concebía en los siguientes términos: «la obligación de prestar alimentos subsistirá hasta el fallecimiento del alimentista, salvo que se acuerde otra cosa, y será transferible a los herederos o legatarios del obligado a satisfacerlos» (art. 97 de la derogada LDCG).

En este sentido, se pueden diferenciar dos aspectos en dicho precepto. El primero se refiere a la dimensión temporal del contrato de vitalicio en sí, al girar sobre la prestación alimenticia y su duración. El segundo es consecuencia de la subsistencia de dicha obligación más allá de la vida del alimentante-cesionario, en unión a la reiterada función asistencial del contrato.

Precisamente la finalidad asistencial, que determina la elección de esta figura contractual por el alimentista de una cierta edad frente a otras que garantizan un flujo de renta, determina, a su vez, que sea su vida el parámetro de duración del contrato, es más, es algo tan obvio que, en principio, no haría falta norma alguna que lo dijera, a no ser que se quisiera abrir la posibilidad de pactar una duración inferior o de prohibir, por vía de la fijación de ese término incierto *ex lege*, una duración distinta de la vida del cedente. La cuestión se zanja afortunadamente en la LDCG del 2006 al introducir la prohibición de considerar la vida de un tercero así el art. 149.3 LDCG establece que «en ningún caso podrá constituirse el vitalicio contemplando la vida de un tercero que no sea el alimentista o alimentistas».

La redacción anterior planteaba la posibilidad, hoy prohibida, de pactar una duración distinta sobre todo teniendo en cuenta que con ello no se vulneraría en principio, la aleatoriedad porque ésta viene determinada por dos factores, es decir, no sólo por el tiempo de vida del alimentista sino también por las necesidades asistenciales de éste, por lo tanto, con la fijación de un plazo distinto de duración del contrato la aleatoriedad se mantenía por el juego del segundo factor dada la fluctuación de las necesidades del alimentista, que se producen en todo caso y tanto más si se ha pactado un contenido más amplio para la prestación por encima del mínimo imperativo, pues lógicamente cuanto más amplio sea el contenido asistencial mayores son las posibles oscilaciones, pudiendo llegar a ser muy onerosas en un tiempo muy reducido. De todas formas si bien la posibilidad que barajamos no supondría la negación del elemento de la aleatoriedad sí podría plantear problemas en relación a la onerosidad y además carece de sentido dada la previsión actual de la LDCG del año 2006 que la descarta en términos tales que no deja lugar a dudas.

Ya por lo que respecta al segundo aspecto tratado en el art. 151 de la actual LDCG, el de la subsistencia de la obligación, la doctrina había generalmente destacado la novedad que suponía la introducción de la transmisibilidad pasiva de la obligación recogida en el anterior art. 97, aunque bien pensado tampoco antes constituía una novedad en sí, pues el artículo 1.257 CC recoge la regla general en tal sentido; sólo supondría una verdadera aportación si se entendiese que la obligación no es transmisible por su carácter personalísimo, es decir, por su propia naturaleza¹⁵, o si se trataba de excluir el pacto en contra de tal transmisibilidad¹⁶.

Es cierto que en más de una ocasión se ha aludido al carácter personalísimo de la prestación asistencial y que, especialmente, el contenido afectivo de la prestación y, en su caso, la existencia de un pacto de convivencia, han llevado a considerar indiscutible que las características del deudor son especialmente relevantes en el establecimiento de la relación contractual, -es más alguna sentencia lo califica como contrato de tipo familiar-. Ahora bien, si entendemos que esto es totalmente cierto, la consecuencia

15 Por hipótesis no es un caso de intransmisibilidad por ley (la norma no excepciona otra), y además tampoco en un caso de necesidad de pacto, pues la regla general es la transmisibilidad (artículo 1.112 CC) salvo pacto.

16 No vamos a entrar en otras argumentaciones basadas en la diferenciación con el artículo 150 CC en conexión con el artículo 153 CC, puesto que entendemos que la diferencia con lo que es una obligación *ex lege* con presupuestos netamente diferenciados se encuentra plenamente asentada, sin perjuicio de tener que volver a ello quizá en un momento posterior.

inmediata sería que la norma legal está imponiendo la transmisibilidad *mortis causa* de una obligación personalísima, lo cual debe ser descartado no sólo por la más elemental lógica jurídica, sino que ello sea minusvalorar el papel de la Ley, sino y sobre todo, porque en realidad el legislador no considera tal obligación como personalísima, al menos en la parte pasiva, simplemente es coherente con la finalidad asistencial del contrato que es la que impone la transmisibilidad. Si la obligación de asistencia no fuese transmisible sólo cabría entender que por el fallecimiento del obligado se extingue la obligación, lo que conllevaría o bien considerar liberados a los herederos del cesionario consolidando además la adquisición de lo cedido, lo que supondría a su vez que el cedente se quedaría sin bienes y sin cuidados, algo totalmente inadmisibles; o bien considerarlo asimilable a un incumplimiento contractual con la posibilidad de resolución por el cedente, quien quedaría sin cuidados pero al menos recuperaría los bienes, solución que tampoco convence pues, fuera de la necesidad de prever de forma justa y equilibrada las consecuencias adyacentes de la resolución (consolidación de frutos, indemnizaciones por mejoras, etc.), crearía una incertidumbre que no sólo introduciría un nuevo elemento de aleatoriedad sino que repercutiría en una indeseable desprotección por pérdida de cuidadores en la persona del cedente.

Defendida la transmisibilidad *post mortem* de la obligación como elemento esencial, y teniendo en cuenta que el legislador actual ha sustituido la mención a «los herederos o legatarios del obligado» por «los sucesores del obligado a prestarlos» pierde interés la determinación de las personas que debieran asumir la posición del deudor. Al ser una transmisibilidad impuesta por la ley exige que sea la propia ley la que determine a quién deba efectuarse esta transmisión y, en efecto la LDCG así lo hizo y lo hace ahora con mejor fortuna pues permite concluir el carácter solidario de la obligación de todos los sucesores del obligado. Es cierto que no se quiere configurar la obligación como *propter rem* ni como gravamen real, pues no parece esencial que el bien cedido se mantenga en el patrimonio del cesionario (fuera de la conveniencia de la posibilidad de pactar tal efecto) tampoco se quiere que el obligado se determine por la titularidad del bien, ni que el bien garantice especialmente la obligación (puede ser hasta oportuno vender el bien para obtener fondos para los cuidados); pero, por otro lado, no sería lógico que el cesionario pudiera transferir su patrimonio (integrado incluso fundamentalmente por dicho bien) a una persona y liberar a la misma de toda responsabilidad por la deuda alimenticia. No se debe olvidar que si la transmisión es *inter vivos* ésta o bien es onerosa, con lo que se obtiene una contraprestación que no disminuye la solvencia del deudor, o bien es gratuita sujeta a las normas sobre fraude de acreedores. Si la transmisión es *mortis causa* también debe quedar sujeta a la regla general de que «antes es pagar que heredar», la matización viene por el carácter de prestación continuada y «personal», que hace especialmente oportuna la no distinción entre herederos y legatarios y que permite concluir la solidaridad que es la mejor respuesta teniendo presente la función asistencial de este tipo de contrato. Nuevamente la función asistencial se muestra como la mejor justificación de esta medida.

No obstante se puede aún dar un paso más, lo que se ha querido ver como intransmisibilidad pasiva debe reconducirse a su faceta activa. Realmente la persona del acreedor es la que no resulta en ninguna medida indiferente para el deudor, y no ya por la idea de relación afectiva o personal, sino porque las «cualidades» del acreedor (sus características y circunstancias) son determinantes de sus necesidades, y éstas son las que marcan la extensión de la prestación y concretan lo que inicialmente había quedado indeterminado (idea del *aleas* del contrato). Es más ni siquiera cabe, a diferencia de la renta vitalicia del CC, que inicialmente se acuerde la contemplación de la vida y necesidades de otra persona distinta del acreedor para la fijación de la prestación contractual. Totalmente diferente es la posibilidad de distinguir entre cedente y acreedor, caso claro de estipulación en favor de tercero, sujeta al art.1257.2 CC y que cabe perfectamente dentro del concepto de vitalicio del art. 147 LDCG.

Esa inescindibilidad subjetiva viene exigida por la combinación de las dos notas más características de este contrato. Si la finalidad del contrato es satisfacer las necesidades del acreedor y además la extensión de la prestación del deudor viene fijada por las necesidades que vayan surgiendo, resulta imprescindible para un adecuado desenvolvimiento de la relación contractual que la prestación (aún cuando se reconduzca a una atribución pecuniaria para los cuidados personales por terceros, posibilidad plenamente admisible, reforzando nuevamente el carácter personalísimo como no esencial del contrato, si bien se puede matizar su carácter absoluto como consecuencia del contenido mínimo imperativo del contrato, en cuanto siempre existe una obligación personal del cesionario que debe cubrir los eventuales incumplimientos de los terceros que presten los servicios personalmente) se destine a satisfacer las necesidades del acreedor y que sean precisamente éstas las consideradas para fijar la extensión de la prestación. Si se atendiese a las necesidades de un tercero, no sólo podrían quedar sin cubrir o cubrirse con exceso las necesidades del acreedor, sino que además se adulteraría la aleatoriedad del contrato al no utilizarse la prestación para satisfacer las necesidades contempladas, cuya cobertura dependería de factores externos.

En este sentido resulta plausible, además del art. 149.3 LDCG, la previsión contenida en el art. 148.2 de la LDCG que carece de antecedentes en la normativa anterior en el sentido de que prevé el régimen jurídico de la obligación alimenticia en el supuesto de pluralidad deudores. Concretamente establece el mencionado artículo que «salvo que en el título constitutivo se hiciera constar lo contrario, en los casos de pluralidad de obligados, la prestación alimenticia tendrá carácter solidario. También podrá pactarse que los obligados cumplan la prestación alimenticia de modo conjunto e indivisible», lo cual a nuestro juicio está en perfecta sintonía con la función asistencial inderogable del vitalicio.

En la parte activa no se ha previsto algo similar pero entendemos que en tales casos sí puede resultar en cierto modo estéril plantear siquiera la cuestión pues los mismos argumentos que sirven para sostener el carácter personalísimo de la prestación en la posición de acreedor, sirven para sustentar la idea de que resulta imprescindible que cada acreedor reciba la total cobertura de sus necesidades (especialmente en cuanto al mínimo legal), sin verse afectado por la existencia de otros cotitulares. Pues no cabe que por el hecho de ser varios los titulares, cada uno de ellos reciba ni menos ni más que la cobertura pactada. Así si fallece uno, no es que la titularidad sea solidaria o que acrezca al otro cotitular sino que este otro conserva su derecho a la asistencia. De igual forma que tampoco el sobreviviente va a recibir más porque el parámetro de determinación de necesidades es individual.

Otro tema sería la fijación de las consecuencias en los casos de desistimiento o de resolución habiendo una pluralidad de acreedores o deudores, materia en la que, además de la oportuna previsión contractual, la legislación actual lo contempla someramente, pues quedan aspectos sin regular. En concreto por lo que atañe a la parte activa del contrato, el art. 153.2 y 3 LDCG establece que «la acción de resolución podrá ser ejercitada por cualquiera de los cedentes respecto a los bienes cedidos» y que «si la cesión se hizo conjuntamente por ambos cónyuges, la resolución instada por el sobreviviente traerá consigo la ineficacia total del contrato». En relación a la parte pasiva del contrato, esto es cuando son varios los obligados y la prestación se constituyó como conjunta e indivisible el art. 155 LDCG permite al cedente «resolver el contrato cuando alguna de las circunstancias expresadas en el artículo 153.1 fuera referible a cualquiera de aquéllos. También será causa de resolución el desistimiento de alguno de los obligados a prestar la deuda alimenticia de manera conjunta e indivisible».

La solución legal apuntada de reconocer a cualquiera de los cedentes la facultad de recuperar los bienes y que las consecuencias del desistimiento o de la resolución

alcancen a todos los cesionarios en caso de pluralidad de estos, aunque no todos hayan incumplido es la más lógica en la línea que hemos venido siguiendo. Resulta así bastante justificada esta regla en caso de fallecimiento de alguno de los cedentes (lo que no obsta para que los bienes reviertan en quien cedió y con el carácter que tenían, y por tanto se sumen a la masa hereditaria del fallecido en su caso) para garantizar la prestación al sobreviviente. No ocurre lo mismo en vida, esto es, podría parecer excesivo el caso de resolución en vida de todos los cedentes; sin embargo, de nuevo la función asistencial exige esta solución. Observar que por hipótesis partimos de cesiones conjuntas pues en caso de transmitir cada acreedor bienes separados y propios no sería estrictamente un caso de cotitularidad sino de pluralidad contractual y no está previsto como tampoco lo está el desistimiento cuando son varios los cesionarios.

En este contexto, aunque nos salgamos en cierto modo de la sistemática trazada, no podemos dejar de apuntar un aspecto que puede también parecer obvio pero que tiene una indiscutible relevancia práctica. No puede dudarse en la actualidad que el contrato de vitalicio puede también celebrarse entre cualesquiera parientes, incluso en línea recta descendente. Cualquier argumento basado en la existencia de una obligación legal de alimentos entre parientes que privase de causa a la relación contractual, significa desconocer la radical diferencia entre la regulación de los artículos 142 y ss del CC y la figura del vitalicio, pues huelga afirmar, como ya hemos hecho en páginas precedentes, que éste puede tener un contenido mucho más amplio, no exige una situación previa de necesidad, los sujetos obligados no se determinan por la ley (arts. 143 y ss) sino por pacto, si es un hijo el obligado habiendo varios con el vitalicio cesa la situación de necesidad lo que libera de la obligación legal a todos los hijos. Por si hubiera alguna duda al respecto el legislador gallego ha querido expresarlo y así en el art. 149.2 la nueva LDCG establece que «será válido el vitalicio entre ascendientes y descendientes, sin perjuicio de la obligación legal del alimentos establecida por la ley», validez que reiteramos debe extenderse a los cónyuges.

Ahora bien, admitida esta posibilidad y dada su vinculación con el tema sucesorio, sí puede ser conveniente una norma legal que evitase cualquier duda al respecto.

Es precisamente esa vinculación con la sucesión y, especialmente, con las legítimas, en unión con el carácter oneroso del contrato, lo que introduce una nueva utilidad a la figura. No se trata de introducir una vía para defraudar legítimas, sino de dar relevancia legal a la onerosidad que conlleva el cuidado de otras personas, aun cuando éstas sean los propios padres, con las consecuencias que evidentemente derivan de dicha calificación, -al ser oneroso no sólo no hay límite a la disponibilidad del causante inter vivos (art. 634 CC) sino que tampoco queda sujeto a colación e inoficiosidad-. Es cierto que la transmisión de la totalidad del patrimonio a uno solo de los hijos con la única contraprestación de los cuidados a los cedentes, puede dejar sin contenido la expectativa de los otros legitimarios, pero no menos cierto es que, salvo simulación o fraude, parece de justicia que el titular de los bienes pueda disponer de ellos en su beneficio como mejor le parezca. Descartando la lectura de que el que concentró en sí una obligación que afectaba, al menos moralmente, a varios, deba resultar beneficiado; pues se podría alegar que ni había situación de necesidad ni falta de disponibilidad para cumplir en los otros hijos. Además sabido es que no depende de que tenga que encontrarse en situación de necesidad pues muchas veces su finalidad es la de granjearse unos cuidados afectivos o, incluso, la integración en una vida de familia.

Remarcamos, no en beneficio exclusivo del cesionario, pues este aspecto es clave para la diferenciación con la vía gratuita. No se trata tampoco, evidentemente, de un beneficio exclusivo del cedente, pues entonces sería gratuito en su favor. Se trata de un beneficio de ambos, matizado en la correlativa onerosidad por el aspecto aleatorio del contrato.

El carácter oneroso tiene también relevancia en relación con otro aspecto que sigue sin preverse en la actual regulación del vitalicio de la LDCG de 2006 que es el relativo a la atribución del carácter ganancial o privativo a los bienes cedidos en caso de cesionarios casados bajo el régimen legal común y gallego¹⁷.

Puede considerarse que la normativa del Código civil es suficiente al respecto. En este caso, excluida la argumentación basada en el carácter personalísimo del contrato que permitiese aplicar el artículo 1346.5 CC, es cierto que generalmente se viene entendiendo pacíficamente que los bienes así adquiridos tienen carácter ganancial *ex* artículo 1347 números 1 y 3 CC.

Ahora bien, un análisis más detallado cuestiona la anterior aseveración¹⁸. Pensemos en un supuesto que puede producirse fácilmente: cese o inicio del régimen de gananciales durante la vigencia del contrato de vitalicio. La pregunta inmediata es la determinación de la norma en cuyo supuesto de hecho encaja el expuesto. La respuesta a tal pregunta exige una toma de postura previa. Es claro que el contrato de vitalicio conlleva para el cesionario una prestación de tracto sucesivo de tipo continuado, pero lo que no está tan claro es si este tipo de prestación encaja con la idea de un precio fraccionado o aplazado que daría lugar a la aplicación de los artículos 1354, 1356 y 1357 CC (con la relevancia de tratarse de la vivienda familiar) o si por el contrario el riesgo asumido, dado el carácter aleatorio del contrato, altera esta apreciación, al ser imposible ignorar el riesgo corrido por las partes desde el momento inicial, lo que lo asimila más a una adquisición al contado.

En esta misma línea pensemos en el caso en que la intención de los cónyuges sea la de atribuir carácter privativo al bien adquirido, motivado por ejemplo a la vinculación afectiva individual de uno sólo de los cónyuges quien se va a hacer cargo por sí solo de los cuidados; no obstante, en este supuesto la imposibilidad de confesar la privatividad de la prestación en cuanto encaja en el art.1347.1 CC, sólo dejaría expedita la problemática vía de la aplicación invertida del art.1355 CC, o de la posterior atribución de privatividad mediante otro negocio jurídico (art. 1323 CC), la cual cuando menos resulta desde el punto de vista fiscal muy costosa.

En definitiva, son muchas las causas que pueden motivar la búsqueda de una calificación privativa del bien, pero en el fondo late además la idea de la libertad de los cónyuges a la hora de integrar los bienes en el patrimonio ganancial o en el privativo.

Desde nuestra concepción de la sociedad de gananciales, como patrimonio colectivo en el que cada cónyuge es titular de su patrimonio privativo y cotitular de un patrimonio colectivo la atribución del carácter privativo o ganancial, tanto inicial como sobrevenidamente, sólo supone la integración en uno u otro patrimonio en atención a las reglas que la ley o las capitulaciones matrimoniales publicadas suficientemente fijan (y los terceros pueden conocer), y el cambio de carácter sólo supone la transmisión de un patrimonio a otro (sea de un privativo al otro, o entre los privativos y el ganancial) con o sin contraprestación (actual o aplazada) por parte de este segundo patrimonio.

Si admitimos estos postulados, dependerá de la voluntad de los cónyuges la introducción de la pertinente modificación capitular del régimen legal que fije que un bien adquirido mediante vitalicio tenga carácter privativo y que evite la duda sobre la calificación determinando la regla (asimilada a las adquisiciones al contado o a plazos)

17 No vamos a entrar en la calificación de la prestación asistencial pues su propia naturaleza, en caso de un verdadero vitalicio, excluye toda polémica sobre la aplicación del artículo 1346.5° CC.

18 No nos referimos siquiera a los casos como el contemplado en la STSJ Galicia de 13 de marzo de 2.002 (RJ 2002, 6973), en el que se combina con una situación de separación de hecho y con la doctrina del abuso del derecho (advertir que no debe generalizarse lo que no deja de ser una solución del TSJ influida por la justicia del caso concreto).

que deba aplicarse. No obstante, quizá sí sería conveniente una norma legal que excusase de la necesidad de una modificación capitular, permitiendo que, en caso de contrato de vitalicio en que sólo un esposo sea parte, se pueda por voluntad de ambos cónyuges atribuir al bien carácter privativo, o, por lo menos, una norma determinante del momento en que deba procederse a la calificación. En tal hipótesis nos inclinamos por la asimilación con la adquisición al contado, no ya por su mayor sencillez, sino por la relevancia del riesgo por la aleatoriedad del contrato.

Llegados a este punto es conveniente recordar que hemos tomado como punto de partida el carácter oneroso del contrato, del que se extraen las consecuencias sucesorias y matrimoniales expuestas. Ahora bien, la onerosidad no puede dejar de examinarse en unión con la aleatoriedad inherente al vitalicio. Sólo con la adecuada combinación de ambos se entiende adecuadamente la figura y sus consecuencias, pues, en gran medida, el problema de la delimitación con la donación onerosa o modal reside en la difícil apreciación autónoma de la causa, y en la más fácil valoración posterior de la extensión del gravamen.

El riesgo ya sufrido es así un parámetro esencial en el mantenimiento del carácter oneroso, riesgo que de no existir excluye el sacrificio patrimonial y reconduce el contrato a un negocio a título lucrativo, pero también riesgo que no se debe olvidar no depende sólo del tiempo de duración de la vida del cedente sino de otros factores como la posible extensión de la prestación (caso de ampliación del mínimo legal) que puede llegar a originar un gasto muy elevado en un período de tiempo muy corto. La base no es, por lo tanto, la duración de la vida del cedente, es más, ni siquiera debería ser suficiente la circunstancia de la enfermedad preexistente al contrato, sino el conocimiento inicial de los gastos máximos que pueden llegar a producirse, siendo éste máximo notablemente inferior al valor de los bienes cedidos.

En este repaso crítico de la regulación del vitalicio realizada desde la perspectiva de instrumento adecuado para subvenir las necesidades de las personas dependientes, resta hacer referencia a los supuestos de extinción anticipada del contrato por voluntad de los contratantes, y por tanto a la redacción de los actuales arts. 152, 153 y 156 que sustituyen a grandes rasgos las previsiones contenidas en los arts.98 y 99 de la derogada Ley de 1995.

Se trata sin duda de una materia que, a pesar de su previsión y desarrollo legislativo resultó una importante fuente de conflictos siendo muy numerosos los pronunciamientos judiciales vertidos al respecto¹⁹. En este punto inciden muchas de las notas caracterizadoras que hemos ido aludiendo a lo largo de nuestro trabajo y especialmente el carácter «personal» (que no personalísimo) y de tracto sucesivo de duración indefinida de la relación contractual, en unión evidentemente a su tan reiterada finalidad de asistencia global.

El actual art. 152 LDCG prescribe que «1.- El cesionario podrá desistir del contrato en cualquier tiempo, previa notificación fehaciente al cedente con seis meses de antelación. 2. El cesionario que quiera desistir habrá de proceder a la restitución de los bienes y derechos recibidos en virtud de contrato, así como de sus frutos, sin más cargas o gravámenes que los preexistentes a la cesión.». Se trata de una previsión similar a la contenida en el anterior art. 98²⁰ aunque es de destacar el acierto del empleo del tér-

19 SSTSJG de 7 de abril de 2004 (RJ 2004, 5378); de 29 de abril de 2004 (JUR 2006, 53343); de 10 de octubre de 2003 (RJ 2004, 377). Así como también ha sido objeto de numerosa jurisprudencia menor v.gr. SAP Lugo de 29 de octubre de 2004 (JUR 2004, 297763); SAP Orense de 2 de diciembre de 2003, (JUR 2004, 182); SAP Pontevedra de 31 de marzo de 2003, (JUR 2003, 159020); SAP La Coruña de 15 de noviembre de 2003, (JUR 2003, 103361).

20 En concreto el art.98 de la anterior Ley de Derecho Civil de Galicia de 1995 establecía que: «1. A instancia del cesionario, el contrato podrá resolverse en cualquier tiempo, previa notificación con seis meses de antelación. 2. Cuando, según lo dispuesto en el número anterior, se resuelva el contrato, el cesionario tendrá derecho a la mitad de las ganancias obtenidas con su trabajo »

mino desistimiento en vez de resolución tanto antes como ahora estamos ante un caso de desistimiento²¹. Parece obvio que se reconozca al cesionario la posibilidad de desligarse de la obligación en cualquier tiempo de hecho fue algo bien recibido por la doctrina, lo que resultó sin embargo más criticable fue la previsión del párrafo 2º del anterior art.98 que reconocía el derecho del cesionario a la mitad de las ganancias obtenidas con su trabajo. En tal sentido LETE lo interpretaba considerando que el legislador indemnizaba o compensaba al cesionario por el trabajo realizado sobre los bienes que se hubieran cedido únicamente en el caso de que se hubieran obtenido ganancias, de lo que a *contrario sensu*, permitía colegir que si no se hubiesen obtenido ganancias el cesionario no tendría derecho a indemnización alguna²². Asimismo REBOLLEDO se mostró partidario de considerar que el cesionario nada podía reclamar por las prestaciones de alimentos realizadas, debiendo restituir igualmente el íntegro líquido de los frutos percibidos de los bienes cedidos salvo aquellos obtenidos directamente con su trabajo y actividad en que, por prescripción de la Ley, sólo devolvería la mitad y lo cual literalmente valoró como gravoso: «tal solución, no cabe duda, es gravosa para el cesionario pero no hay que olvidar que es el ejercicio de un derecho unilateral y voluntario para él, al que no puede oponerse el cedente que ve alterada la vinculación del contrato por una previsión legal excepcional y, desde esta perspectiva, la solución legal parece razonable»²³. En la legislación actual el presupuesto del desistimiento es la devolución de los bienes y derechos recibidos y sus frutos sin más cargas ni gravámenes que los que tenía al tiempo de su constitución y en un estado similar de conservación. En este sentido consideramos que a las mejoras y los deterioros deberán de aplicarse las normas sobre la posesión de buena fe. Es evidente que la regulación actual resulta más ventajosa para el cesionario.

Más discutible sería permitir el desistimiento del cedente, pues la misma idea de la función asistencial parece exigir que, cubiertas las necesidades y fuera de los casos en que se haya dado relevancia a las incompatibilidades personales por pacto expreso, no debe admitirse a voluntad del cedente el cese de una relación contractual que para él no supone una prestación de tracto continuado y que libremente ha asumido. Eso sí, si se introduce por pacto la facultad de desistir, caso conveniente si se pacta la convivencia y también ante la eventual continuación de la relación por los herederos del cesionario, debe mantenerse el criterio de no exigir al cesionario la restitución de los beneficios obtenidos y percibidos por el mismo, pues recordemos que el desistimiento tiene una eficacia *ex nunc*, y no hay motivos en este supuesto para invertir la regla, fuera de originar la devolución del bien cedido²⁴.

21 En este sentido LETE DEL RIO, J.M., «Comentario al art. 98 LDCG», en *Comentarios al Código Civil y Complicaciones Forales*, (Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), Tomo XXXII, vol.1º, Edit.Édersa, Madrid, 1997, pág. 680; REBOLLEDO VARELA, A., «El contrato de vitalicio. Especial consideración a su regulación en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia», en *ADC*, núm. 39, 1996, págs. 865-866.

22 Cfr. LETE DEL RIO, J.M., «Comentario al art. 98 LDCG», cit., pág. 685.

23 REBOLLEDO VARELA, A., «El contrato de vitalicio ...», cit., pág. 867.

24 A la convivencia sí se refiere el CC en el art. 1792, y la solución arbitrada es netamente diferente pues se establece que «de producirse la muerte del obligado a prestar alimentos o de concurrir cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia de las partes, cualquiera de ellas podrá pedir que la prestación de alimentos convenida se pague mediante la pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para estos eventos hubiere sido prevista en el contrato o, de no haber sido prevista, mediante la que se fije judicialmente» solución un tanto complicada en muchos de los supuestos de personas dependientes porque es la misma para todos los supuestos de desencuentros en la convivencia al margen de a quien sea imputable, además puede que el alimentista a pesar de la concurrencia de causas que sean subsumibles en el supuesto de hecho descrito en la norma no esté en condiciones de evidenciarlas y por lo tanto de hacerlas valer.

Lo que sí está fuera de cuestión es la posibilidad del cedente de resolver el contrato, a ella se refiere precisamente el art. 153 LDCG con una regulación más pormenorizada de sus requisitos y consecuencias. Concretamente el mencionado precepto establece que «1. El cedente podrá resolver el contrato si concurren alguna de las siguientes circunstancias siguientes: 1ª) Conducta gravemente injuriosa o ultrajante de la persona obligada a prestar alimentos, de su cónyuge o de su pareja o bien de los hijos con los que conviva respecto del alimentista. 2ª) Incumplimiento total o parcial de la prestación alimenticia o de los términos en los que fue pactada siempre y cuando no sea imputable a su perceptor. 3ª) Cuando según la posición social y económica de las partes, el cesionario no cuide o no atienda en lo necesario al alimentista en todo cuanto haga posible el capital cedido, en la procura del mantenimiento de su calidad de vida. 2. La acción de resolución podrá ser ejercitada por cualquiera de los cedentes respecto de los bienes cedidos. 3 Si la cesión se hizo conjuntamente por ambos cónyuges, la resolución instada por el sobreviviente traerá consigo la ineficacia total del contrato». En primer lugar destacar que resulta plausible el abandono del término rescisión contenido en el anterior art. 99²⁵, pues en realidad se está admitiendo expresamente la resolución del contrato por incumplimiento en lo que no es sino una aplicación específica del art. 1124 CC y, en consecuencia, sometido a los criterios generales de aplicación de tal norma²⁶. En segundo lugar, el que la posibilidad de resolución por incumplimiento del cesionario se dé por Ley sin necesidad de pacto, no excluye la conveniencia de introducir en el contrato una cláusula resolutoria explícita para su constancia en el Registro de la Propiedad y oponible frente a terceros²⁷. Y a esta idea parece responder la previsión del actual art. 156 LDCG pues señala que «en los casos de resolución, el cedente recuperará los bienes y derechos cedidos, quedando sin efecto las enajenaciones y gravámenes que el cesionario hiciera con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la legislación hipotecaria».

Finalmente el régimen jurídico de la resolución resulta bastante más prolijo en la legislación actual y lo anterior se completa con lo dispuesto en los arts. 154 a 156. El artículo 154 se refiere a la posible transmisión de la acción que la limita a determinados casos «la acción de resolución sólo se transmitirá a los herederos del cedente en los casos en los que el alimentista fuera un tercero y sólo podrá ser ejercitada en vida de éste». Resulta un acierto esta previsión por la propia estructura del contrato con estipulación en favor de un tercero que conlleva que el que tiene la facultad de resolver deba ser el cedente, y que esa facultad deba poder extenderse a sus herederos.

25 El anterior art.99 contemplaba con relación al cedente la posibilidad de rescindir, recogiendo como causas de rescisión las siguientes: «a) Conducta gravemente injuriosa o vejatoria del obligado a prestar alimentos. b) Incumplimiento total o parcial de la prestación alimenticia, siempre que no sea imputable a su perceptor. c) Cuando el cesionario no cuidase o no atendiese en lo necesario al cedente, según la posición social y económica de las partes y en todo cuanto haga posible el capital cedido, en búsqueda del mantenimiento de su calidad de vida. d) Por el no cumplimiento de lo demás pactado. 2. En los casos a que se refieren los apartados del número anterior, la rescisión conllevará, en defecto de pacto contrario, la obligación de indemnizar los gastos ocasionados, que podrán ser objeto de compensación total o parcial con los frutos percibidos de los bienes objeto de la cesión. En todo caso, y a falta de acuerdo entre las partes, se estará a lo que determine la correspondiente resolución judicial»

26 En un sentido semejante el art. 1795 CC permite ante el incumplimiento del cesionario la posibilidad de resolución en cuyo caso serán de aplicación las reglas generales de las obligaciones recíprocas sin perjuicio de que el deudor tenga que restituir inmediatamente los bienes que recibió por el contrato; el juez respecto de la restitución por el alimentista puede acordar que quede total o parcialmente aplazada a su beneficio con el fin de que se pueda cumplir lo previsto en el art. 1796 CC es decir que «de las consecuencias de la resolución del contrato, habrá de resultar para el alimentista, cuando menos, un superávit suficiente para constituir, de nuevo, una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida».

27 REBOLLEDO VARELA, A., «El contrato de vitalicio ...», cit., págs. 871-872.

El art. 155 contempla la resolución en relación a un supuesto de pluralidad de obligados y en tal sentido establece que «si en virtud de pacto la prestación alimenticia tuviera que realizarse de manera conjunta e indivisible por los cesionarios, el cedente podrá resolver el contrato cuando alguna de las circunstancias expresadas en el artículo 153.1 fuera referible a cualquiera de aquellos. También será causa de resolución el desistimiento de alguno de los obligados a prestar la deuda alimenticia de manera conjunta e indivisible».

Por último el art. 156 alude a los efectos de la resolución respecto del propio cedente y así dispone que «en los casos de resolución, el cedente recuperará los bienes y derechos cedidos, quedando sin efecto las enajenaciones y los gravámenes que el cesionario hiciese con la limitación, en cuanto a terceros, por la legislación hipotecaria».

En definitiva de la regulación actual del vitalicio resulta que el cesionario pueda desistir y el cedente resolver, -en este caso por causas tasadas-, sufriendo cada uno en su caso las consecuencias. El cedente sólo podría desistir si así se hubiese pactado en atención al aspecto personal de la relación, lo que no supondría excepción al art. 1256 CC, además a mayor abundamiento hay que tener presente que el desistimiento supone, en principio, sólo el cese hacia el futuro pero no la inexistencia de la relación contractual. Lo que sí se echa en falta, y merece por ello una valoración negativa su omisión, es una norma como la del art. 1792 del Código Civil²⁸, para resolver las eventuales «incompatibilidades de caracteres» que permita reconducir el vitalicio a renta vitalicia que es quizá la mejor solución.

Recapitulando sobre todo lo dicho, creemos que es fácil extraer como conclusión que la LDCG de 1995 supuso un extraordinario avance en cuanto se adentró por primera vez en la regulación legislativa de una figura de indiscutible raigambre histórica pero a la vez de una vida pujante debido al factor social en alza del envejecimiento de población y que la actual LDCG del 2006 ha sabido plasmar la revitalización de esta figura. Especialmente las notas de la onerosidad, la aleatoriedad, el carácter meramente personal, la autonomía de la voluntad modalizada por la necesaria protección de los alimentistas y muy singularmente la finalidad asistencial erigen al vitalicio en un instrumento muy adecuado para que las personas dependientes actual y potencialmente aseguren su asistencia y cuidado en la medida en que lo vaya demandando su situación personal y así mantener incólume la dignidad hasta el final de sus días.

²⁸ El tenor literal del art. 1792 CC mencionado en el texto es: «De producirse la muerte del obligado a prestar los alimentos o de concurrir cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia de las partes, cualquiera de ellas podrá pedir que la prestación de alimentos convenida se pague mediante la pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para esos eventos hubiere sido prevista en el contrato o, de no haber sido prevista, mediante la que se fije judicialmente.»