

**AUTONOMÍA PERSONAL, AUTODETERMINACIÓN
SUCESORIA Y FINANCIACIÓN DEL CUIDADO DE LAS
PERSONAS MAYORES EN EL DERECHO PORTUGUÉS***

***PERSONAL AUTONOMY, SUCCESSION PLANNING AND
FINANCING CARE FOR ELDERLY PEOPLE IN PORTUGUESE LAW***

Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 260-295

* Este texto es parte del proyecto PID2022-136264OB-I00, financiado por: MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, EU.

Daniel DE
BETTENCOURT
RODRIGUES
SILVA MORAIS

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de febrero de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2024

RESUMEN: En este artículo se analiza el papel del Derecho de sucesiones en la financiación del cuidado a las personas mayores sin parientes cercanos que puedan proporcionarles asistencia, que se mantienen con su pensión y son propietarios de la casa en la que viven, pero sin tener dinero suficiente para pagar su asistencia. Se propone introducir en la legislación portuguesa un pacto sucesorio oneroso como mejor forma de pagar esos cuidados. También se concede especial importancia a la protección de las personas mayores frente a influencias indebidas en la realización de disposiciones mortis causa.

PALABRAS CLAVE: Personas mayores; financiación del cuidado; autodeterminación sucesoria; pacto sucesorio oneroso; hipoteca inversa.

ABSTRACT: *In this article we analyze the role that Succession Law can play in financing care for elderly people without close relatives who can provide this care and who live on their pension and own the house in which they reside, but do not have enough money to pay for such care. We conclude that an onerous succession contract could be introduced into Portuguese law as an adequate way of paying for such care. We also pay special attention to the protection of elderly people against undue influence in the making of wills and succession contracts.*

KEY WORDS: *Elderly people; financing care; succession planning; onerous succession contract; reverse mortgage.*

SUMARIO.- I. EL DESAFÍO DEL CUIDADO DE LAS PERSONAS MAYORES EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA.- II. LAS PREOCUPACIONES DEL LEGISLADOR PORTUGUÉS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES EN EL DERECHO SUCESORIO.- III. FINANCIACIÓN DE CUIDADOS A PERSONAS MAYORES: LA HIPOTECA INVERSA.- IV. LIMITACIONES DEL DERECHO DE SUCESIONES: NULIDAD DE LOS PACTOS SUCESORIOS ONEROSOS Y DIFICULTADES QUE PLANTEAN.- V. EL PACTO SUCESORIO ONEROSO Y LAS DIFICULTADES RELACIONADAS CON LA INFLUENCIA INDEBIDA SOBRE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA MAYOR EN EL DERECHO PORTUGUÉS.- VI. LAS DIFICULTADES RELACIONADAS CON LA INFLUENCIA INDEBIDA SOBRE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA MAYOR EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EXTRANJEROS.- VII. EL EQUILIBRIO ENTRE LA PROTECCIÓN DE LA POSICIÓN DEL CUIDADOR Y LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE DISPONER *MORTIS CAUSA* DE LA PERSONA MAYOR.- VIII. LOS CONTRATOS ACTUALMENTE EXISTENTES EN EL DERECHO PORTUGUÉS PARA GARANTIZAR EL CUIDADO DE LAS PERSONAS MAYORES: EN PARTICULAR EL CONTRATO ATÍPICO DE ASISTENCIA A CAMBIO DE LA VENTA DE UN INMUEBLE CON RESERVA DE DOMINIO.- IX. CONCLUSIONES.

I. EL DESAFÍO DEL CUIDADO DE LAS PERSONAS MAYORES EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA.

La sociedad portuguesa sigue la tendencia europea hacia el envejecimiento de la población. Actualmente, el envejecimiento es visto como una enfermedad y no como un desafío, aunque su percepción ha variado mucho a lo largo del tiempo¹. La dificultad a la que se enfrentan los juristas a la hora de definir “persona mayor” resulta directamente de la percepción “anatómica” que nuestra sociedad tiene del envejecimiento. Parece razonable elegir el criterio de los 65 años para clasificar a una persona como “mayor”², aunque el criterio decisivo debe ser la vulnerabilidad eventualmente, aunque no necesariamente, asociada a esa edad. En este sentido, Paula Távora Vítor³ se manifiesta en contra de la creación de

- 1 Cf. PITSTRA, F.: “Historical perspectives on ageing: «Old people and things that pass»”, en AA.VV.: *Elderly Care and Upwards Solidarity-Historical, Sociological and Legal Perspectives* (eds. ELISABETH ALOFS & WENDY SCHRAMA), Intersentia, Cambridge/Antwerp/Chicago, 2020, pp. 9-22 (pp. 12-14). La forma en que se ve el envejecimiento en la sociedad actual también se refleja en la forma en que se ve la muerte en ella [cf. ARIÉS, P.: *Essais sur l’histoire de la mort en Occident. Du Moyen Age à nos jours*, Éditions du Seuil, Paris, 1975 (traducción al portugués por PRISCILA VIANNA DE SIQUEIRA: *História da morte no Ocidente: da Idade Média aos nossos dias*, Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1977)].
- 2 Como defendemos en MORAIS, D. B. R. S.: “As garantias de autonomia de expressão da vontade do idoso: quando os idosos casam e quando testam”, en AA.VV.: *Direito e Direitos dos Idosos* (coord. por CARLA AMADO GOMES e ANA F. NEVES), Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2020, pp. 317-331.
- 3 VÍTOR, P. T.: “O dever familiar de cuidar dos mais velhos”, *Lex Familiae*, vol. 5, núm. 10, 2008, pp. 41-62 (pp. 47-49). Ver también sobre el concepto de “persona mayor”, FIDALGO, V. P.: “A tutela do idoso no Direito da Família”, en AA.VV.: *Direito e Direitos dos Idosos* (coord. por CARLA AMADO GOMES e ANA F. NEVES), Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2020, pp. 333-350 (pp. 334-337).

• Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais

Profesor Asistente (Ciencias Jurídicas) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa con titularidad (09/2020). Licenciado (1999), Máster (2004) y Doctor en Derecho (2015) por la misma Facultad con tesis sobre Derecho de Sucesiones. Imparte docencia en las áreas de Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones (licenciatura, máster y doctorado); Derecho de Transportes y Derecho de los Niños (máster). Autor de diversas monografías y artículos sobre Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones y Derecho del Transporte (por carretera, ferroviario y aéreo). Correo electrónico: danielbrmorais@gmail.com. Orcid n. 0000-0002-6130-9541.

una categoría autónoma de vejez, que sería objeto de un tratamiento unitario, teniendo en cuenta la heterogeneidad de situaciones individuales derivadas de la edad.

En una sociedad que busca obsesivamente prolongar la vida humana, los desafíos relacionados con el envejecimiento fácilmente pasan a un segundo plano, a pesar de que existe una creciente sensibilidad al respecto.

Bengston y Roberts⁴ identifican varias dimensiones de la solidaridad entre generaciones: a) asociación (frecuencia de contacto social y actividades compartidas por los miembros de la familia); b) afecto (sentimientos y cercanía afectiva, afirmación e intimidad entre los miembros de la familia); c) consenso (acuerdo real o percibido sobre valores, opiniones y estilos de vida entre los miembros de la familia); d) función (o patrones de apoyo instrumental o intercambio de recursos); e) normas (fuerza de obligación sentida hacia los miembros de la familia); f) estructura (estructura de oportunidades de interacción familiar, relacionada con el número de miembros de la familia o la distancia geográfica que los separa). Posteriormente, ante las críticas que se dirigieron a esta teoría se añadió una séptima dimensión: el conflicto⁵.

La familia ha experimentado cambios considerables en las últimas décadas, particularmente en lo que respecta a su composición, con consecuencias inevitables para la solidaridad entre generaciones y las personas disponibles para cuidar de las personas mayores. Uno de los cambios considerables es el aumento del número de divorcios, como resultado de cambios económicos y culturales relacionados con el papel de la mujer en la sociedad⁶. Este aumento del número de divorcios se traduce en un incremento del número de familias monoparentales. En estas situaciones, el número de potenciales cuidadores de personas mayores disminuye, y brindar estos cuidados a los progenitores resulta especialmente complejo cuando los excónyuges o exparejas tienen hijos.

Por otra parte, la relación entre los hijos y sus padres divorciados puede tener el efecto de reducir su disponibilidad para cuidar de ellos, como consecuencia de una separación resultante del propio divorcio. En realidad, los padres divorciados tienen más probabilidades de llegar a una edad avanzada con sus vínculos familiares

4 BENGSTON, V. L. & ROBERTS, R. E. L.: "Intergenerational solidarity in aging families: an example of formal construction theory", *Journal of Marriage and Family*, vol. 53, 1991, pp. 856-870 (p. 857); y SILVERSTEIN, M. & BENGSTON, V. L.: "Intergenerational solidarity and the structure of adult child-parent relationships in American families", *American Journal of Sociology*, vol. 103, núm. 2, 1997, pp. 429-460 (p. 432).

5 SILVERSTEIN, M. & BENGSTON, V. L.: "Intergenerational solidarity", cit.

6 Según datos de *Pordata*, en Portugal, en 1960, había 1,1% de divorcios, por cada 100 matrimonios. En 2022, había 50% de divorcios en el mismo número de matrimonios [cf. <https://www.pordata.pt/portugal/numero+de+divorcios+por+100+casamentos-531> (consultado el 04/01/2024)].

debilitados, especialmente los hombres⁷. Cuando, tras el divorcio, los padres forman nuevas familias, esto también puede conducir a la separación de los hijos de relaciones anteriores.

Por último, también se observa un aumento de los divorcios que se producen en personas mayores de 65 años, con consecuencias para el bienestar de las personas. El divorcio en estas edades también significa que los padres dependen más del apoyo de sus hijos, ya que no pueden contar con su cónyuge para hacerlo⁸.

El aumento de los divorcios en la sociedad actual se traduce también en un aumento del número de familias mixtas, es decir, familias en las que hay al menos un hijo no común de la pareja, según la terminología utilizada por el *Instituto Nacional de Estadística* en el Censo 2021⁹. Esto plantea la cuestión de si los familiares de las familias mixtas seguirán estando disponibles para cuidar a sus antiguos suegros, especialmente si son personas mayores¹⁰.

Cabe recordar que, en el ordenamiento jurídico portugués, según la redacción actual del art. 1585 CC, que resulta de la Ley 61/2008, la afinidad no cesa con la disolución del matrimonio por muerte, lo que significa, *a contrario sensu*, que cesa con el divorcio¹¹. Asociando esta información al hecho de que, en 2021, por primera vez, el porcentaje de divorciados superó al de viudos en Portugal¹², todo indica que la tendencia será hacia la disolución del matrimonio por divorcio, es decir, hacia una disminución de la afinidad. Además, por las razones que se han destacado, el número de miembros de la familia disponibles para brindar cuidados también ha disminuido en la sociedad actual.

La menor disponibilidad de familiares para cuidar a las personas mayores es evidente si consideramos que no sólo está aumentando la esperanza media de vida, sino que también los hogares familiares son cada vez más pequeños.

7 Cf. HEYLEN, L., MORTELMANS, D. & KNAEFS, J.: "Sociological perspectives on changing family constellations and intergenerational support in ageing societies", en AA.VV.: *Elderly Care*, cit., pp. 23-43 (pp. 28-29).

8 Cf. BROWN, S. L. & LIN, I.-F.: "The gray divorce revolution: rising divorce among middle-aged and older adults, 1990-2010", *Journals of Gerontology Series B: Psychological Sciences and Social Sciences*, vol. 71, núm. 2, 2016, pp. 731-741 (p. 740).

9 Del Censo 2021 se desprende que, en ese año, las familias en cuestión representaron el 8,8% del total de familias de parejas con hijos, lo que representa un aumento del 2,3% respecto a 2011 [cf. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Censos 21 – Resultados Definitivos* (información a la comunicación social) 23/11/2022, p. 4 [disponible en https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_publicacoes&PUBLICACOE5pub_boui=65586079&PUBLICACOE5modo=2 (consultado el 05/01/2024)]].

10 Cf. HEYLEN, L., MORTELMANS, D. & KNAEFS, J.: "Sociological perspectives", cit., p. 30.

11 En todo caso, el excónyuge figura en la lista de obligados a prestar alimentos, según el art. 2009, a) CC, como el padrastro u la madrastra, según f) del mismo artículo. Además, dispone el art. 1904-A CC que el cónyuge o pareja de hecho del padre único del niño podrá tener la custodia legal por decisión judicial, cuando la filiación sólo se establezca respecto de uno de los padres. ¿Tendría sentido, en este último caso, que la afinidad terminara mediante el divorcio? Los desafíos que plantean las familias mixtas son, por tanto, claros.

12 Cf. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: *Censos 2021*, cit., p. 6.

Relacionado con este último aspecto está la disminución de la tasa de fecundidad y el aplazamiento de la maternidad. También hay un aumento en el número de personas sin hijos. En este escenario, la mitad de las personas mayores de la Unión Europea viven en familias de tres generaciones, aunque hay menos miembros en cada generación. Todo esto genera preocupación de que en el futuro habrá una falta de cuidadores informales para las personas mayores¹³.

Cabe señalar que, actualmente, existe un número considerable de cuidadores informales en Portugal, lo que demuestra la importancia que tiene en la sociedad portuguesa el desafío de cuidar a las personas mayores (lo que no significa, sin embargo, que todas las personas cuidadas sean personas mayores)¹⁴. Por otro lado, esta cifra también demuestra la insuficiencia del apoyo estatal en esta materia, sabiendo que los sistemas de seguridad social de los países del norte de Europa son conocidos por ser más fuertes, en comparación con los del sur de Europa. Este aspecto tiene un enorme impacto en el apoyo entre generaciones. Si en países como Portugal la prestación de cuidados se considera fundamentalmente responsabilidad de la familia, teniendo en cuenta la fuerza de la solidaridad normativa en este contexto, y si los distintos países dependen cada vez más de cuidadores informales para garantizar la sostenibilidad del sistema, la reducción del número de posibles cuidadores, especialmente dentro de la familia, sigue suscitando algunas preocupaciones¹⁵.

Considerando todo el escenario descrito, se concluye que el papel de los hijos adultos como cuidadores informales de sus progenitores es importante, particularmente en un contexto en el que cada vez más países europeos dependen de este tipo de cuidados. En la sociedad actual, varios factores inciden en esta realidad, como el aumento de los divorcios -de hijos adultos y de sus padres-, la disminución de las tasas de fertilidad y la realidad de las familias mixtas (que la ley no siempre tiene en cuenta).

¿Como pueden las personas mayores garantizar la financiación de sus cuidados, es decir, mediante el ejercicio de su autonomía privada en el ámbito del Derecho de sucesiones, particularmente, cuando no cuentan con familiares o parientes disponibles para brindarles dichos cuidados?

13 Cf. HEYLEN, L., MORTELMANS, D. & KNAEFS, J.: "Sociological perspectives", cit., p. 32.

14 Según la edición de *Expresso online* del 19/04/2023, em Portugal hay 827 mil cuidadores informales. Los datos resultan de una encuesta realizada por la Escola Nacional de Saúde Pública da Universidade de Lisboa [cf. <https://expresso.pt/sociedade/2023-04-19-Ha-827-mil-cuidadores-informais-em-Portugal-mais-de-metade-nao-rec-ebem-apoio-estao-sozinhos-exaustos-e-desinformados-488546ed> (consultado el 04/01/2024)]. Sin embargo, tres años antes, el *Observador* informó que esta cifra rondaba los 1,4 millones, según una encuesta realizada por el "Movimento de Cuidadores Informais" [cf. <https://observador.pt/2020/11/05/perto-de-14-milhoes-de-pessoas-em-portugal-sao-cuidadores-informais/> (consultado el 04/01/2024)].

15 Cf. HEYLEN, L., MORTELMANS, D. & KNAEFS, J.: "Sociological perspectives", cit., pp. 37-41.

Son aspectos que, según Heylen, Mortelmans y Knaeps¹⁶, plantearán desafíos, en términos de solidaridad entre generaciones, en un futuro próximo, y que demuestran que la solidaridad entre generaciones ha cambiado. Los retos que se plantean están precisamente relacionados con la adaptación de la ley a la nueva realidad familiar; lo que aún no se ha producido, dejando en riesgo determinados colectivos, como las personas divorciadas, las que se han vuelto a casar y las personas sin hijos, además de otras personas mayores vulnerables. Los autores entienden que los efectos negativos de los cambios en las estructuras familiares se pueden mitigar a través de políticas públicas de apoyo a las personas mayores que también fomentarán la existencia de más cuidadores, facilitando las condiciones para la prestación de cuidados. El envejecimiento de la población, que lleva a varios países a poner énfasis en la prestación de cuidados informales debe equilibrarse con las políticas de apoyo antes mencionadas. Por otro lado, la propia ley debe adaptarse a esta nueva realidad. En el ámbito del Derecho sucesorio nos encontramos ante la limitación de los mecanismos que permiten asegurar el cuidado de las personas mayores, en el ejercicio de la autonomía privada.

II. LAS PREOCUPACIONES DEL LEGISLADOR PORTUGUÉS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES EN EL DERECHO SUCESORIO.

En el Derecho portugués, la protección de las personas mayores resulta del art. 67 de la Constitución (Constituição da República Portuguesa). Se dice aquí que es responsabilidad del Estado en particular, proteger la familia: b) promover la creación y garantizar el acceso a una red nacional de guarderías y otros equipamientos sociales de apoyo a la familia, así como una política para las personas mayores. El art. 67.c) agrega que es responsabilidad del Estado cooperar con los padres en la educación de sus hijos. El art. 36.6 de la Constitución solo se refiere a los deberes de los padres hacia sus hijos, pero no al revés. Este precepto dice que los hijos no pueden ser separados de sus padres, salvo cuando éstos no cumplan con sus deberes fundamentales para con ellos y siempre por decisión judicial. Así, el apoyo del Estado a ayudar a los padres a educar a sus hijos está claro en la Constitución, pero la referencia a la protección de las personas mayores no es tan clara. ¿Se olvidó el legislador portugués de la cuestión?

Ciertamente no, y no podría ser de otra manera. Por tanto, el art 1874.1 del Código Civil (CC) determina que padres e hijos se deben respeto, ayuda y asistencia y el art. 1874.2 agrega que el deber de asistencia incluye la obligación de proporcionar alimentos y de contribuir, durante la vida en común, según los propios recursos, a los gastos de la vida familiar. Según la resolución del Consejo de Ministros 63/2015, del 25 de agosto, que aprueba la estrategia de protección de las personas mayores, esta protección debe reforzarse también en el Derecho de

16 Cf. HEYLEN, L., MORTELMANS, D. & KNAEPS, J.: "Sociological perspectives", cit., pp. 42-43.

sucesiones. Así, debe modificarse el Código Civil, en materia de incapacidad por indignidad, art. 2034 CC, en el sentido de que la persona condenada por un delito de violencia doméstica contra el causante de la sucesión debe carecer de capacidad sucesoria por indignidad, y también en el sentido de que debería añadirse una nueva norma al Código Civil, bajo el epígrafe de sucesiones testamentarias, en el capítulo de incapacidad relativa, para establecer que la disposición a favor de los cuidadores de personas ingresadas en establecimientos públicos o privados de asistencia social es nula si las personas ingresadas están incapacitadas, aunque no se haya decretado ninguna medida para salvaguardar sus derechos.

Ninguna de estas medidas se ha implementado aún, pero existe claramente una preocupación por parte del legislador por la protección de las personas mayores de la influencia de sus cuidadores cuando hacen testamento¹⁷. Este es un aspecto importante cuando se habla de la financiación de cuidados a personas mayores través de los mecanismos del Derecho sucesorio; pero no nos parece que la función del Derecho sucesorio en relación con la protección de las personas mayores se agote en los dos aspectos mencionados en la Resolución del Consejo de Ministros. Estos aspectos están vinculados a la protección de las personas mayores, pero ninguno de ellos se refiere a la financiación de los cuidados de estas personas.

III. FINANCIACIÓN DE CUIDADOS A PERSONAS MAYORES: LA HIPOTECA INVERSA.

Cuando las personas mayores no tienen familiares o amigos que puedan brindarles cuidados ¿qué mecanismos sucesorios pueden utilizar para lograr ese objetivo? Considerando que el ahorro portugués se centra en gran medida en la vivienda propia¹⁸, la atribución *mortis causa* de esta vivienda podría ser una forma por la que de una persona mayor pudiera obtener cuidados durante la vida, especialmente si la persona no tiene el dinero disponible para pagarlos. Para lograr este objetivo, varios países han recurrido a las hipotecas inversas. Se trata de un mecanismo que existe desde hace más de cuarenta años y que tiene como objetivo resolver las dificultades crediticias de las personas mayores. Esta hipoteca representa lo contrario de una hipoteca convencional y permite a las personas mayores que poseen una vivienda obtener un préstamo entregando la casa como

17 En la realidad, es fácil constatar el creciente interés por los problemas surgidos en torno de las interferencias entre las relaciones de cuidado y el Derecho sucesorio (cf. TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M^a. P.: *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en Derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, pp. 178-179.

18 Según datos de Eurostat, los países de la Unión Europea con mayor porcentaje de propietarios son Rumania (95,3%), Eslovaquia (92,9%), Hungría (91,7%) e Croacia (90,5%), seguido de Lituania (89%), Polonia (86,8%), Bulgaria (84,9%), Letonia (83,2%), Malta (81,9%), Estonia (81,6%), República Checa (78,3%) e Portugal (78,3%). Esto significa que Portugal ocupa el duodécimo lugar en estas cifras sobre un total de 27 países [cf. EUROSTAT: "Owning or renting? What is the EU's housing situation?", 30/12/2021, disponible en: <https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-eurostat-news/-/wdn-20211230-1> (consultado el 12/01/2024)].

garantía, continuando viviendo en ella. De esta manera, pueden compensar la falta de liquidez, es decir, pagar la asistencia que necesitan sin tener que vender o alquilar su casa. El elemento esencial aquí es el valor de la vivienda. A la muerte del propietario de la casa, sus herederos se enfrentan a dos alternativas: pagar la deuda y quedarse con la casa, o vender la casa para pagar la deuda.

Este es un mecanismo que presenta algunos riesgos, teniendo en cuenta que estamos ante una opción de crédito para personas mayores y que este crédito todavía está garantizado con una hipoteca. La persona mayor se ve, desde el principio, limitada en su capacidad para disponer de este bien, teniendo en cuenta que está gravado por una hipoteca y, por tanto, no puede hacer frente a futuras necesidades económicas. Por otro lado, la duración de la vida de una persona es incierta, lo que podría traducirse en un aumento del valor de la deuda dados los intereses que se adeudan mientras tanto. Además, también puede haber fluctuaciones en tipos de interés y en el valor de la propiedad en sí, lo que puede significar que, al final, el valor de la deuda sea mayor que el valor de la propiedad. Teniendo esto en cuenta, es aconsejable que el crédito represente sólo una pequeña parte del valor del inmueble. Por otro lado, los costes con comisiones bancarias, registros, tasas, etc., también son altos. Teniendo en cuenta que el objetivo es garantizar la atención a las personas mayores y no sólo facilitar su acceso al crédito, y considerando la naturaleza compleja de los productos en cuestión, quizás, esta no sea la mejor opción en la sociedad portuguesa. La figura se introdujo en España a través de la Ley 41/2007 (que modificó la Ley 2/1981) de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria¹⁹. Sin embargo, la figura no tuvo el éxito esperado, teniendo en cuenta los riesgos mencionados y la mentalidad de los españoles de conservar su propiedad una vez adquirida y no volver a hipotecarla²⁰. En Portugal, este mecanismo no está regulado por ley. Por otra parte, cuando han aparecido algunos de estos productos asociados a compañías de seguros, no han tenido éxito. La crisis financiera y el temor a la caída de los precios inmobiliarios contribuyeron a ello. Por otra parte, al igual que los españoles, los portugueses tienen la mentalidad de conservar sus bienes para transmitirlos a sus familiares cuando fallezcan²¹.

19 Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-21086> (consultado el 12/01/2024).

20 DEL POZO GARCÍA, E., DÍAZ MARTÍNEZ, Z. y FERNÁNDEZ SEVILLA, L.: "La hipoteca inversa en España: un estudio comparativo con otros países de la Unión Europea y EEUU", *Revista Universitaria Europea*, núm. 15, 2011, pp. 85-106 (pp. 104-105) [disponible en: <http://www.revistarue.eu/RUE/102011.pdf> (consultado el 12/01/2024)].

21 Según *Expresso online*, de las 20 entidades contactadas en 2018, solo dos -la aseguradora Fidelidade y el banco BNI Europa- dijeron que ya ofrecían este tipo de solución. El banco BNI Europa decidió lanzar este tipo de producto (llamado producto Cherry) en 2017, pero el Banco de Portugal le obligó a suspenderlo por no contar con legislación propia [cf. *Expresso online*, del 14/01/2018, disponible en: <https://expresso.pt/economia/2018-01-14-Credito-para-idosos-dando-a-casa-como-garantia--So-la-fora>, (consultado el 17/01/2024)].

En las hipotecas inversas, determinadas situaciones de incumplimiento podrían llevar a la persona mayor a perder su vivienda, como, por ejemplo: impago de impuestos de la propiedad, falta de mantenimiento y conservación, carencia de un seguro adecuado para este tipo de contratos, abandono de la vivienda o alquiler de la misma, etc²². Dadas estas dificultades y los riesgos asociados a las hipotecas inversas, e incluso con independencia de la eficacia de este mecanismo, el Derecho de sucesiones también ha sido una vía utilizada por las personas mayores para pagar cuidados y asistencia. Sin embargo, la prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho portugués representa un obstáculo para este objetivo. Por el contrario, las hipotecas inversas no entran en conflicto con esta prohibición: nada impide que el momento del fallecimiento del deudor constituya un plazo para el cumplimiento de la obligación de devolver el capital del préstamo; estaríamos ante la categoría de actos *post mortem* -y no actos *mortis causa*-, en los que la existencia de una obligación por parte del disponente en vida excluiría la aplicación de la prohibición de los contratos sucesorios. Hay que tener en cuenta que la hipoteca es una manifestación evidente de esta obligación²³.

IV. LIMITACIONES DEL DERECHO DE SUCESIONES: NULIDAD DE LOS PACTOS SUCESORIOS ONEROSOS Y DIFICULTADES QUE PLANTEAN.

En el Derecho portugués, no es válido un pacto sucesorio oneroso, es decir, un contrato en el que exista una atribución *mortis causa* hecha por una persona mayor a cambio de ayuda o asistencia. Teniendo en cuenta que la última voluntad debe ser libre y espontánea, el Derecho sucesorio evita una obligación vinculante en caso de muerte²⁴. Por tanto, el art. 2028 CC determina que los pactos sucesorios son nulos a menos que estén previstos por la ley: nos encontramos ante una prohibición mitigada de los pactos sucesorios. Fuera del margen excepcional en el que se admiten, la autodeterminación sucesoria sólo debe ejercerse mediante testamento. Tales pactos sucesorios serán nulos, ya sea que en ellos alguien disponga de su propia herencia (pactos sucesorios designativos), o renuncie a la herencia de una persona viva (pactos sucesorios de renuncia), o disponga de la herencia de un tercero que aún no ha sido abierta (pactos sucesorios dispositivos) (art. 2028.I CC). En el mismo sentido, el art. 946.I CC determina la nulidad de las donaciones *mortis causa*, aunque puedan tener validez como disposiciones testamentarias siempre que se cumplan los requisitos formales respectivos.

22 Sobre estas dificultades, en relación con las *reverse mortgages* en EE.UU., cf. MANCINI, S. B. & WILLIAMSON, O.: "Reversing course: stemming the tide of reverse mortgage foreclosures through effective servicing and loss mitigation", *The Elder Law Journal*, vol. 26, núm. 1, 2018, pp. 85-130; y BRITTINGHAM, S.: "Aging out of place: the toll of reverse mortgages and how to fix the program", *The Elder Law Journal*, vol. 29, núm. 1, 2021, pp. 150-180.

23 Sobre la cuestión en la jurisprudencia francesa, cf. MORAIS, D. B. R. S.: *Audoterminação sucessória: por testamento ou por contrato?*, Principia, Cascais, 2016, pp. 196-199.

24 Sobre el potencial de la sucesión contractual en la protección de las personas mayores, cf. MORAIS, D. B. R. S.: "Direito Sucessório e a proteção das pessoas idosas", *Lex Familiae*, vol. 15, núm. 31, 2019, pp. 45-69 (pp. 55-62).

Existen varias figuras legalmente consagradas a las que la propia ley asigna el nombre de “pactos sucesorios” (art. 1755.2 CC); donaciones *mortis causa* realizadas: a) por uno de los cónyuges en beneficio del otro que son donaciones matrimoniales; b) por un tercero en beneficio de los cónyuges (donaciones matrimoniales); c) por los cónyuges en beneficio de un tercero (que no son donaciones matrimoniales) (todas previstas en el art. 1700.I CC). La validez formal de tales donaciones depende de su inclusión en el contrato prenupcial [arts. 1699.I, a) y 1756 CC]²⁵. Cabe destacar también la reciente admisibilidad de la renuncia recíproca a la condición de heredero legitimario [art. 1700.I, c) CC] si los cónyuges así lo desean y si eligen el régimen de separación de bienes o si esto es obligatorio por ser mayores de 60 años según el art. 1720.I, b) (art. 1700.3). Se trata de un pacto sucesorio de renuncia, introducido por la Ley 48/2018, del 14 de agosto, que constituye otro mecanismo importante para relajar las reglas de sucesión necesaria en el Derecho portugués²⁶.

Cuando una persona mayor recurre a un testamento para obtener cuidados, puede surgir el problema de la dificultad de probar la existencia de un acuerdo entre el testador y su cuidador para que la prestación de ayuda y cuidados se vea recompensada por el hecho de que el cuidador se convierta en heredero o legatario. Esta primera dificultad queda claramente ilustrada por la sentencia del Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de 30/11/2004²⁷. El STJ dictaminó que, si el testador dispone de un bien a favor de una persona con la condición de que ella lo cuide hasta su muerte, no está impedido de revocar el testamento, ni le confiere a ella el derecho de exigir el bien legado en caso de revocación, y que la revocación del testamento no justifica el recurso al instituto del enriquecimiento sin causa. En este caso, la cuidadora se trasladó a vivir con los testadores, y a cambio cuidaría de ellos y de la casa. Sin embargo, no se ha probado que su institución como legataria formara parte de este acuerdo.

En los casos en que la prestación de servicios está vinculada a un legado testamentario, cabe distinguir tres hipótesis fundamentales²⁸: a) existe un verdadero acuerdo de prestación de trabajo en cambio de un testamento; b) no hay acuerdo, sino sólo una promesa verbal, más o menos precisa, del testador de que contemplará en su testamento a la persona que prestó el servicio; c) el trabajo se realiza espontáneamente a favor de la persona en cuyo patrimonio existe alguna esperanza, con el fin de garantizar algún beneficio, es decir, el caso en que

25 Cf. PINHEIRO, J. D.: *O Direito das Sucessões contemporâneo*, 5.ª ed., Gestlegal, Coimbra, 2022, pp. 159-173.

26 Sobre este pacto sucesorio de renuncia, cf. MORAIS, D.: “A relevância dos pactos sucessórios renunciativos na transmissão do património entre as gerações”, en *Direito das Sucessões e Direito da Família: eternas questões, respostas atuais* (organización DANIEL MORAIS), Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2023, pp. 121-216 (pp. 193-215).

27 Asunto n.º 04A3864, Ponente - Lopes Pinto. Disponible en: www.dgsi.pt. (consultado el 23/01/2024).

28 Cf. DE GIORGI, M. V.: *I patti sulle successioni future*, Jovene, Napoli, 1976, pp. 158-160.

la situación, objetivamente observada, parece implicar que los servicios prestados serán objeto de una compensación equitativa. Sólo la primera de estas situaciones está cubierta por la prohibición de pactos sucesorios (art. 2028.2 CC), ya que demuestra la existencia de un acuerdo preciso que establece una obligación, cuyo cumplimiento constituirá la realización de la disposición testamentaria posterior o inmediata. En cambio, si el causante se limita a expresar verbalmente, al interesado o a un tercero, la intención de disponer de sus bienes de una determinada manera, no existe pacto sucesorio ni obligación vinculante.

Sin embargo, aunque sea posible demostrar tal acuerdo (por ejemplo, poniéndolo por escrito), a los magistrados les resulta difícil aceptar la idea de que la realización de una disposición *mortis causa* pueda considerarse parte de un contrato.

Ilustrativa de ello es la sentencia del Tribunal da Relação de Lisboa de 11/10/2006²⁹, en el sentido de que: 1. El hecho de que la demandada fallecida pidiera a los demandantes que la cuidaran, prometiéndoles que, a cambio de los servicios que le prestaran, los haría, por testamento, herederos únicos y universales de todos sus bienes, y que los demandantes aceptaran esa propuesta, cuidando de la demandada y prestándole servicios, no prueba que entre esas partes se celebrara un contrato de prestación de servicios. 2. Es inaceptable pretender que la promesa hecha por la difunta demandada de instituir a los demandantes como herederos únicos y universales de sus bienes constituya, en un sentido técnico-jurídico, una recompensa por los servicios que le prestaron los recurrentes. 3. La voluntad del testador, debido a la relevancia social del acto, debe estar hasta el final de la vida totalmente libre de cualquier coacción. De esta decisión se desprende claramente que el TRL consideró inconcebible la existencia de un pacto sucesorio a título oneroso; sin embargo, el art. 2028.2 CC no hace distinción alguna al prohibir los distintos tipos de pactos sucesorios, abarcando tanto los celebrados a título gratuito como a título oneroso.

Más recientemente, y sobre la misma cuestión, téngase en cuenta la sentencia del Tribunal da Relação de Coimbra, de 25/09/2018³⁰ según la cual: 3. Dado que la ley consagra la libre revocabilidad del testamento, los beneficiarios no pueden exigir el cumplimiento de la obligación pactada con el testador a cambio de la ayuda que se les ha prestado y se les prestaría. 4. Al no haberse pactado otra forma de retribución, la compensación por los servicios prestados sólo podrá lograrse mediante un enriquecimiento sin causa, si se verificaran los supuestos respectivos. Y es que la preocupación por proteger a la parte más débil, que subyace en la imposición de límites a la libertad formal de las partes, llevó al

29 Asunto n.º 8495/2006-I. Disponible en: www.dgsi.pt (consultado el 23/01/2024).

30 Asunto n.º 3755/15.4T8LRA.C2, Disponible en: www.dgsi.pt (consultado el 23/01/2024).

legislador a establecer normas imperativas, como el art. 2311 CC, según el cual el testador no puede renunciar al derecho de revocar su testamento, en todo o en parte, y cualquier cláusula que contradiga el derecho de revocación se considera no escrita.

Hoy en día, es inaceptable que alguien preste servicios de cuidado de personas mayores, así como servicios domésticos, con el único pago de “cama y comida”. En el caso de una prestación laboral de cuidados, es decir, una prestación de trabajo subordinado, las normas sobre enriquecimiento injusto (art. 479 CC) no son adecuadas para tener en cuenta la especificidad de la prestación de trabajo, cuando la atribución *mortis causa* no se produce después de la prestación de servicios de asistencia y cuidados³¹.

Si, en el caso concreto, no hay prestación laboral en juego, será admisible el recurso a la *condictio ob rem*, que aparece como una de las modalidades de enriquecimiento por beneficio. Sin embargo, esto sólo es posible si no se acredita la existencia de un auténtico contrato, aunque sea nulo, siempre que existe un acuerdo sobre la causa de la prestación. La *conditio ob rem* es la situación en la que alguien realiza un trabajo con vistas a un efecto que no se ha producido. Lo único que se necesita es un acuerdo entre las partes sobre la finalidad del servicio, es decir, que ambas partes consideren que la prestación de asistencia tiene por objeto la realización de una disposición testamentaria, aunque el testador no esté obligado a realizarla. Este acuerdo está a medio camino entre un simple motivo y una obligación negocial. Sabiendo que el cuidador no puede exigir al testador que haga testamento, el cuidador espera, no obstante, que el testador lo beneficie *mortis causa* como consecuencia de este acuerdo. De forma más esquemática, la utilización de esta *condictio* implicaría que se cumpliesen las siguientes condiciones: a) la realización de una prestación dirigida a un determinado resultado; b) este resultado correspondiera al contenido de un negocio jurídico; c) este resultado no se realizase posteriormente. No obstante, es raro que se cumplan todas las condiciones de la *condictio ob rem*, por lo que es poco frecuente recurrir a ella.

Si, por el contrario, se demostrase la existencia de una verdadera obligación de hacer testamento en beneficio del causante, como consecuencia de la celebración de un contrato sinalagmático de prestación de servicios (pacto sucesorio), aunque nulo, no sería necesario recurrir al enriquecimiento injusto. La aplicación del art. 473 CC queda naturalmente excluida cuando existe un crédito basado en un

31 En este caso, la prestación debe ser compensada por la existencia de un deber de remuneración, aplicándose analógicamente el art. 122 del Código del Trabajo, según el cual el contrato de trabajo declarado nulo o anulado produce efectos como si fuera válido en relación con el momento en que se ejecuta. Esto descarta la idea de que una empleada de hogar que presta sus servicios a un viudo con la esperanza de que éste le ceda sus bienes en testamento sólo pueda ser protegida por la vía del enriquecimiento injusto. Esta será la solución con independencia de que pueda demostrarse que, de hecho, se celebró un contrato (cf. LEITÃO, L. M.: *O enriquecimento sem causa no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 620-629).

negocio jurídico, en la medida en que las transacciones constituyen la justificación de la adquisición. Incluso la liquidación del negocio jurídico basada en la nulidad sigue teniendo su fuente en el propio negocio jurídico. Así, si se prueba que existió un contrato real, del que forma parte la realización del testamento, debido a la posibilidad de conocer de oficio la nulidad del contrato (art. 286 CC), será de aplicación el art. 289 CC, que determina la restitución de todo lo prestado, o de su valor si no es posible la restitución en especie.

V. EL PACTO SUCESORIO ONEROSO Y LAS DIFICULTADES RELACIONADAS CON LA INFLUENCIA INDEBIDA SOBRE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA MAYOR EN EL DERECHO PORTUGUÉS.

Aunque tradicionalmente se considera que en el Derecho de sucesiones sólo tienen lugar disposiciones gratuitas, no creo que debamos limitar así su alcance. La voluntad del difunto no siempre está en el centro de esta rama del derecho. Por otro lado, existen los actos *post mortem*, en los que la muerte no es la causa del acto, sino sólo un término o condición para la producción de los respectivos efectos, y que también incluyen las asignaciones a título oneroso. Por último, si la prohibición de los pactos sucesorios se aplica tanto a los contratos gratuitos como a los onerosos, esto significa que, en teoría, también puede haber pactos sucesorios onerosos. Los propios legados pueden ser onerosos cuando se utilizan para pagar una deuda, según el art. 2259 CC³².

La introducción de un pacto sucesorio oneroso en la legislación portuguesa, en el que una persona mayor hace una disposición *mortis causa* a cambio de cuidados, podría ser especialmente apropiada en situaciones en las que las personas mayores no tienen familiares que puedan proporcionarles cuidados³³. Debido a las especificidades de las relaciones laborales, si la asistencia la presta un particular, tendría que tratarse de un contrato de servicios y no de un contrato laboral. Uno de los riesgos de este contrato sería la posibilidad de que el cuidador influyera indebidamente en la persona mayor para que hiciera la disposición *mortis causa*³⁴. Siempre sería un riesgo dejar el cuidado de la persona mayor a alguien que se beneficiaría de su muerte.

32 En general, sobre las dificultades que plantea el pacto sucesorio oneroso, particularmente, en lo que respecta su construcción dogmática, cf. MORAIS, D. B. R. S.: *Autodeterminação*, cit., pp. 579-660.

33 En nuestra doctrina, a propósito del estatuto de las personas mayores, Remédio Marques critica la ausencia de un contrato que, mediante la autonomización de un bien cedido a un tercero, les permita garantizar su subsistencia y la prestación de diversos servicios, como asistencia sanitaria, vivienda, manutención, gestión de asuntos personales, etc. (cf. MARQUES, J. P. R.: "Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português. Obrigação de alimentos e segurança social", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 83, 2007, pp. 183-217 (pp. 183-184).

34 Otro de los problemas que plantea este tipo de contrato se refiere a las consecuencias de su efecto vinculante sobre las facultades de disposición de la persona mayor sobre el inmueble en el que reside. Como tuvimos ocasión de argumentar al analizar la cuestión, cualquier decisión al respecto tendrá que pasar por limitar las facultades de la persona mayor sobre sus bienes una vez firmado el contrato de fallecimiento, salvo en casos de grave necesidad y protegiendo las expectativas de la persona responsable

La legislación portuguesa tiene en cuenta esta situación en el art. 2194 CC, al determinar que la disposición a favor del médico o enfermero que atienda al testador, o del sacerdote que le preste asistencia espiritual es nula si el testamento se realiza durante la enfermedad y su autor fallece a causa de ella³⁵. Se trata de una forma de proteger la libertad testamentaria. A su vez, el art. 2195 CC, excluye los legados de remuneración por servicios recibidos por el paciente así como a favor de descendientes, ascendientes, colaterales hasta el tercer grado, o del cónyuge del testador, a que se refiere el apartado 3 del art. 2192 CC³⁶.

El art. 2194 CC pretende evitar que la persona que cuida al testador durante su enfermedad, actuando como enfermero o médico, se aproveche del ascendiente natural que tiene sobre él. En general, hay que señalar que los contratos de asistencia van dirigidos a personas mayores que, por no tener familia cercana, buscan a alguien que les ayude con las tareas cotidianas como cocinar, fregar, limpiar la casa, hacer la compra, ir al médico, etc. A veces se trata de personas con problemas de salud más graves, otras veces son simplemente personas con las limitaciones normales que conlleva la edad aunque, la sociedad actual tiende a ver la propia edad como una enfermedad. En definitiva, el art. 2194 CC puede suponer, no sólo que una persona contratada para ayudar a otra a cambio de un nombramiento como legatario vea revocada la disposición testamentaria a su favor, sino que además pueda tener que hacer frente a la nulidad de dicha disposición testamentaria³⁷.

En sentencia de 13/05/2004³⁸ el STJ sostuvo que la referencia del 2194 CC del Código Civil a los enfermeros se refiere a quienes tienen la condición jurídica de enfermeros, y no comprende a cualesquiera otras personas que, por razones de amistad o solidaridad, hayan prestado al testador servicios y cuidados de enfermería. A estas personas, en la medida en que puedan haber inducido y determinado al testador a beneficiarlas en el testamento, les son aplicables las disposiciones relativas a la anulación del testamento resultante de defectos en

de la asistencia en la recepción de los bienes en cuestión (cf. MORAIS, D. B. R. S.: "Direito Sucessório e a proteção", cit., pp. 57-61).

35 Sobre este precepto, cf. HENRIQUES, S.: "Anotación al art. 2194", en AA. VV., *Código Civil anotado-Livro V: Direito das Sucessões* (CRISTINA ARAÚJO DIAS coord.), 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, pp. 288-291; y MORAIS, D. B. R. S.: *Autodeterminação*, cit., pp. 607-610. No estamos pensando específicamente en la situación en la que la persona es un adulto acompañado debido a su discapacidad, que también está prevista en la legislación portuguesa. El art. 2192 CC establece que: 1. Es nula la disposición hecha por un mayor de edad acompañado a favor de un acompañante o de un administrador legal de los bienes del disponente, aunque se hayan aprobado las cuentas respectivas. 2. Sin embargo, es válida la disposición a favor de las mismas personas cuando se trate de descendientes, ascendientes, colaterales hasta el tercer grado, cónyuge del testador o persona con la que conviva en unión de hecho.

36 Cf. MORAIS, D. B. R. S.: *Autodeterminação*, cit., pp. 610-613.

37 Para que la disposición testamentaria sea válida, los servicios prestados por el cuidador deben de realizarse antes del otorgamiento del testamento. En este caso será un legado de remuneración, pero el testamento no puede servir como incentivo para obtener asistencia.

38 Asunto n.º 04BI452, Ponente – Araújo Barros, disponible en: www.dgsi.pt (consultado el 23/01/2024).

el mismo o de la usura. En el caso en cuestión, el Tribunal sostuvo que el marco prohibitivo del art. 2194 CC, con las excepciones del art. 2195 CC, no puede ser tan amplio como para abarcar situaciones que significarían un grave impedimento a la voluntad de cualquier testador de dejar, por ejemplo, sus bienes o parte de ellos a un amigo o buen samaritano que lo atienda en la fase terminal de su enfermedad.

Otra solución llevaría también a resultados absurdos y profundamente injustos, que el ordenamiento jurídico no podría amparar. Tal sería el caso de un ahijado que siempre ha vivido con su padrino, sólo porque en la fase terminal de su vida le puso unas inyecciones o le dio unos masajes según explicó el médico que le atendió, siendo postergado (por nulidad de la disposición testamentaria) por un primo lejano cuya existencia el testador ni siquiera conocía; o el caso de una dedicada empleada de hogar que, enterada de las propiedades curativas del jarabe de aloe, decide, sin indicación médica alguna al efecto, comprarlo y dárselo a beber al testador hasta el final de su vida, no pudiendo, por ese simple hecho, figurar como beneficiaria en un testamento otorgado por el testador.

Sin embargo, en una decisión de 13/09/2011³⁹, el STJ fue más allá. En esta decisión, el Tribunal Supremo sostuvo que el art. 2194 CC anula una disposición testamentaria a favor de un médico o enfermero que atienda al testador, o de un sacerdote que preste asistencia espiritual, si el testamento se hace durante la enfermedad y su autor muere de ella. Pero, el precepto se aplica también a los casos en que los actos de tratamiento de la enfermedad son realizadas por alguien que no es médico ni enfermero pero afirma serlo o por alguien objetivamente conocedor de las artes de la medicina y la enfermería, o por alguien que, objetivamente, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, trata la enfermedad realizando los actos propios de un médico o de los servicios de enfermería.

En realidad, en todas estas circunstancias se produce una situación de dependencia psicológica entre el paciente y su cuidador. El precepto en cuestión debe, por tanto, ser interpretado en sentido amplio, incluyendo el ejercicio ilegal de la enfermería, como ocurrió en este caso. En esta última decisión, el Tribunal dictaminó que el art. 2194 CC no se aplica a un vecino, amigo o empleado doméstico que recuerda al paciente la hora del día, que le recuerda cuándo debe tomar su medicación, que le acompaña al hospital, que le compra e incluso le da los medicamentos prescritos, o que se ocupa de su higiene, si tenemos en cuenta que, cuando la ley habla de “cuidar al causante”, no tiene en mente estos meros actos de asistencia personal o de apoyo o ayuda a un enfermo.

39 Asunto n.º 6066/05.OTVLSB.LI.SI, Ponente – Salazar Casanova. Disponible en: www.dgsi.pt (consultado el 23/01/2024).

En efecto, para el Tribunal no parece haber razón para presumir la dependencia psicológica en estos casos de mera ayuda y apoyo, lo que afecta a la libertad de acción de quien siente que su vida está en manos de quien, al prestar servicios profesionales como si lo fuera, adquiere *ipso facto* la condición de autoridad y ascendiente sobre el paciente, que lo ve no como una persona que le ayuda en las cosas de la vida, sino como un profesional, un técnico, un experto sanitario, como un médico o una enfermera, que va a salvarle o al menos ayudar a minimizar o incluso eliminar su sufrimiento. Por tanto, estaría justificado distinguir entre ambos supuestos, lo que significa que si se ha aprovechado la debilidad natural del paciente para conseguir que otorgue testamento a su favor, no es mediante la indisponibilidad a la que se refiere el art. 2194 CC por la que se anulará la disposición testamentaria: tales situaciones se refieren al ámbito de los vicios de la voluntad o incapacidad accidental, y la prueba de las mismas es importante para la anulación del testamento. Sin embargo, el propio Tribunal reconoce que puede no ser muy fácil, en los casos concretos de la vida, saber si estamos ante actos de mera asistencia o apoyo prestados a un paciente o actos que constituyen un tratamiento del paciente, que debe incluirse en el ámbito de aplicación del art. 2194.

Se mencionó anteriormente que, la resolución del Consejo de Ministros 63/2015, del 25 de agosto, que aprueba la estrategia de protección de las personas mayores, debería añadir una nueva norma al Código Civil, bajo el epígrafe de sucesiones testamentarias, en el capítulo de incapacidad relativa, para establecer que la disposición a favor de los cuidadores de personas ingresadas en establecimientos públicos o privados de asistencia social es nula si las personas ingresadas están incapacitadas, aunque no se haya decretado ninguna medida para salvaguardar sus derechos. Aunque hay preceptos que pueden aplicarse en estas situaciones, la situación particular de los cuidadores requiere disposiciones específicas que aún no existen. Baste recordar el hecho de que el art. 2194 CC no se aplica a los actos de mera asistencia y tiene unas condiciones muy concretas: que la persona esté enferma, que vaya a morir de esa enfermedad y sólo se refiere a médicos o enfermeros. Sin embargo, las personas mayores pueden beneficiarse de una mayor protección frente a sus cuidadores, que se encuentran en una posición privilegiada para influirles a la hora de hacer testamento a su favor sin ser sus enfermeros o médicos, e incluso si la persona no está realmente enferma con gravedad, sino sólo frágil debido a su edad⁴⁰.

Hay varias razones para entender que el art 2194 CC no se aplica a las personas que son cuidadoras, pero no practican actos de enfermería en relación con personas mayores: a) en primer lugar la letra del propio precepto; b) por

40 Por ejemplo, el caso de los cuidadores informales que acompañan a la persona en su día a día, se encargan de su higiene, le ayudan a bañarse y vestirse, etc.

otro lado, el hecho que, en los trabajos preparatorios del Código Civil, se rechazó una redacción más amplia del precepto para incluir a “quienes, en el ejercicio de su profesión atienden al paciente”⁴¹. Por el contrario, sólo se consideró que debía darse una redacción al precepto que incluyera también a los médicos y enfermeras de facto; c) estamos ante una regla excepcional, ya que la regla general es que el testador puede beneficiar en testamento a quien quiera y las reglas excepcionales no pueden aplicarse por analogía (art. II CC); d) resulta de la propia Resolución del Consejo de Ministros, que prevé la necesidad de consagrar una norma en el Código Civil sobre la incapacidad sucesoria de los cuidadores, que el legislador considera, lógicamente, que el art. 2194 CC no se aplica en esta situación. Esto no quiere decir que no haya habido alguna evolución jurisprudencial hacia una mayor apertura en la interpretación del art. 2194 CC, como hemos visto, pero, en cualquier caso, esta apertura fue siempre con cierta cautela. De esta manera, el art. 2194 CC no se aplica a los cuidadores informales, así como tampoco a los psicólogos, por ejemplo, situaciones que están sujetas al régimen general de la falta y vicios de la voluntad en el testamento⁴².

Por otra parte, el régimen de usura, que también se aplica a los testamentos, sólo es aplicable en situaciones muy concretas y extremas y no siempre es adecuado para la situación de las personas mayores⁴³. En realidad, a diferencia del

41 ACTAS DA COMISSÃO REVISORA DO ANTEPROJETO DO DIREITO DAS SUCESSÕES DO FUTURO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS: (separata del *Boletim do Ministério da Justiça*, 1964, vol. 133, pp. 157 y ss.), pp. 158-159.

42 En sentencia del 7/07/1994, el Tribunal da Relação de Lisboa [Asunto n. 0073336, Ponente: Cruz Broco (disponible en: www.dgsi.pt, consultado el 1/02/2024)], entendió que: I. Lo dispuesto en el art. 2194 del Código Civil tiene carácter excepcional y por tanto no es susceptible de su aplicación por analogía. II. Por lo tanto, una donación a una Fundación no es nula si acepta la carga propuesta por el donante para cubrir los gastos de hospitalización en un hospital perteneciente a esa Fundación, así como todos los gastos derivados de enfermedades y también los gastos funerarios. Recordar que ese art. 2194 CC también se aplica a donaciones (art. 953 CC).

Por otro lado, en su sentencia de 28/06/2018 [Asunto n.º 733/13.ITBCSC.LI-2, Ponente: Pedro Martins], el tribunal consideró que es admisible la figura del enfermero de hecho, amparada en el término enfermero utilizado en el art. 2194 del Código Civil; sin embargo, para que esto sea así, no basta con que cualquier persona -como un empleado doméstico- realice actos objetivamente de enfermería. Lo que se requiere es que estemos ante alguien que asume ser profesional de la salud y que atiende al testador y además es visto como tal por éste (disponible en: www.dgsi.pt, consultado el 1/02/2024).

43 La usura está prevista en la Parte General del Código Civil, pero no en el título del Libro V relativo al testamento en relación a la falta y los vicios de la voluntad. A favor de aplicar el régimen de usura a los testamentos están las siguientes opiniones: MORAIS, D.: *Direito Sucessório-Apontamentos: introdução e estática sucessória*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2019, p. 95; OLIVEIRA, G. DE: “O testamento-apontamentos”, en *Temas de Direito da Família*, vol. I (ed. GUILHERME DE OLIVEIRA), 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, pp. 119-197 (p. 141); PINHEIRO, J. D.: *O Direito*, cit., p. 118; SOUSA, R. C. DE, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 185. Este último autor considera que no es necesario probar que se han concedido prestaciones excesivas o injustificadas, dada la importancia de proteger la libertad y la voluntad real de testar en las disposiciones de última voluntad. En sentido contrario, considerando que la existencia de estos beneficios debe probarse, véase la sentencia del STJ de 09/05/2023, que analizaremos a continuación y en el que el tribunal sostuvo que la usura se aplica a los testamentos. En la misma línea, cf. la sentencia del Tribunal da Relação do Porto de 8/07/2015 [Asunto n.º 1579/14.5TBVNG.PI, Ponente: Ana Paula Amorim. Disponible en: www.dgsi.pt (consultado el 24/01/2024).] Por el contrario, considerando que la usura no se aplica a los negocios testamentarios, cf. LEITÃO, L. M.: *Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 227. El autor opina que, dado que el testamento es un negocio jurídico unilateral *mortis causa*, no puede considerarse un negocio desequilibrado, ya que el testador no está limitado en cuanto a las prestaciones que pretende conceder al beneficiario. Por lo tanto, si no hay ningún defecto en la formación de la voluntad, éste no puede considerarse un negocio usurario.

art. 2194 CC, en una situación de inferioridad, la explotación no se presume, sino que debe probarse, lo que puede crear algunas dificultades, si no muchas. Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia entienden que la prueba de los requisitos de la usura debe realizarse de forma muy rigurosa cuando se aplica a los negocios testamentarios. En una sentencia del STJ, de 9/05/2023⁴⁴ queda claro que es difícil determinar, dados los hechos concretos del caso, si realmente ha habido o no usura en la realización del negocio testamentario. Estas dificultades se derivan de la existencia de un voto particular de uno de los magistrados (Maria João Tomé), aunque la decisión del STJ fue que no había usura⁴⁵.

El tribunal consideró que: 1. El régimen jurídico de la usura (art. 282 CC) es aplicable a los testamentos, ya que funciona como una “válvula del sistema”, lo que permite mayores posibilidades de promover la equidad en las soluciones

44 Asunto n.º 1084/19.3T8GDM.PI.SI, ponente: Maria Clara Sottomayor. Disponible en: www.dgsi.pt (consultado el 24/01/2024).

45 Es interesante observar el voto particular en este caso, que muestra una tendencia hacia una mayor protección de la voluntad de la persona mayor a la hora de hacer testamento: « He votado que no porque considero que se debería haber restituido la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que consideró “(...) demasiado evidente que la demandada, conocedora de la frágil situación de la testadora, aprovechó y propició su alejamiento del resto de sus amistades y familiares, permitiéndole beneficiarla casi exclusivamente en su testamento, sin justificación aparente, resultando cumplidos todos los presupuestos de la usura.” En efecto, el testamento fue otorgado -17 de octubre de 2018- por CC aproximadamente un mes antes de su fallecimiento -20 de noviembre de 2018- (hechos probados en los apartados 1 y 2); CC, en su última voluntad, contempla a la demandada con el sesenta por ciento de los valores dinerarios en el momento de su fallecimiento y la instituye heredera del resto de su herencia (hecho probado en el apartado 2). El demandante, sobrino por afinidad de CC, convivió con ella y con su difunto tío durante los años de su formación universitaria y el inicio de su vida laboral, y acompañó a su tía durante los años en que vivió sola, visitándola regularmente (hechos probados bajo los núms. 7 y 8); CC se relacionó más con la demandada a partir de 2016 (hecho probado en el núm. 10); la demandada empezó a controlar la suma de unos 20.000,00 euros que la difunta había guardado en casa (hecho probado en el núm. 12); la empleada doméstica era el ama de llaves del demandado. La empleada de hogar de CC comenzó a ser apartada de su compañía y de toda decisión (hecho probado bajo el nº 13); por instrucciones de la acusada, CC abandonó el Hospital ..., en ..., para ser controlada en el Hospital ..., en la zona (hecho probado en el nº 14); CC padecía problemas de audición y visión, enfermedad pulmonar con componente asmático, insuficiencia cardiaca valvular con estenosis aórtica y mitral, fibrilación auricular, hipocoagulación permanente, patología osteoarticular degenerativa y alergias múltiples (hecho probado en el nº 15); padecía de deterioro cognitivo leve y sufría olvidos frecuentes (hecho probado bajo el nº 16); el 16 de agosto de 2018, como consecuencia de un episodio de disnea, CC fue trasladada por la demandada al servicio de urgencias del Hospital ..., donde quedó ingresada (hecho probado bajo el nº 17); el demandante desconocía la enfermedad de su tía, que fue ingresada de urgencia sin haber sido advertido por la demandada (hecho probado bajo el nº 18); permaneció allí como consecuencia de un episodio de disnea. El demandante desconocía que su tía estaba enferma, y fue ingresada de urgencia sin haber sido avisada por la demandada (hecho probado bajo el nº 18); permaneció allí hasta su fallecimiento (hecho probado bajo el nº 19); a medida que avanzaba la hospitalización, mostró un deterioro clínico, con limitación progresiva de su capacidad funcional, disnea e intolerancia al esfuerzo, incluso en reposo (hecho probado bajo el nº 21); durante la hospitalización, CC fue ingresada de urgencia. Fue la demandada quien se ocupó de los trámites necesarios para la conclusión del testamento otorgado en 2018, habiendo contactado con un profesional del derecho que se encargó de todo el proceso y fue quien llevó a la fallecida a la notaría (hecho probado bajo el nº 24); la demandada también cambió la cerradura de la casa del fallecido y guardó las llaves en su poder, no permitiendo a los familiares y amigos del fallecido entrar o acceder a la casa sin que ella estuviera presente (hecho probado en el nº 25). Puede decirse que los hechos que se consideran probados ponen de manifiesto la situación de fragilidad y dependencia de CC respecto de la acusada (que no mantiene con ella ninguna relación de parentesco, ni siquiera de amistad de larga duración), así como la existencia de comportamientos por parte de la acusada que evidencian el aprovechamiento de esa situación de fragilidad y dependencia. La valoración de estos hechos da lugar también a un juicio serio sobre la conducta de la acusada, beneficiaria del testamento: el comportamiento de la acusada es, sin duda, gravemente reprochable. Además, la prueba del requisito de concesión de beneficios injustificados y/o excesivos no debe ser demasiado exigente, pues de lo contrario nunca se conseguirá (Maria João Vaz Tomé)» (la traducción es nuestra).

jurídicas; 2. La presunción de usura en relación con la víctima se expresa a través de una lista bastante abierta: “el estado de necesidad, inexperiencia, ligereza, dependencia, estado mental o debilidad y carácter”, que tiene el potencial de ampliar la protección de las personas mayores afectadas por enfermedades físicas o mentales, además de las situaciones de coacción moral o incapacidad de entender y querer. 3. Sin embargo, sólo en situaciones limitadas puede anularse un testamento por usura, debiendo acreditarse en los hechos el requisito de la explotación atribuida a la conducta del beneficiario de la disposición testamentaria. 4. La explotación no se presume, ni puede deducirse del requisito de la situación de dependencia, sin el apoyo de una facticidad global relevante que demuestre la intención del beneficiario del testamento de controlar el patrimonio del testador.

Así pues, los tribunales no aceptan fácilmente la existencia de una situación de usura. Por otro lado, pueden darse situaciones en las que no exista coacción moral (art. 2201 CC⁴⁶) o incapacidad accidental (art. 2199 CC⁴⁷) propiamente dicha, pero en las que la influencia ejercida por un cuidador sobre una persona mayor sea tan fuerte que la voluntad de ésta a la hora de otorgar testamento no sea del todo libre. En este caso, el problema radica en saber dónde trazar la línea entre la libertad del testador, a pesar de la situación de inferioridad, y la ausencia de dicha libertad. En este sentido, es necesaria una mayor protección de las personas mayores en relación con sus cuidadores. La existencia de normas específicas sobre la cuestión tendría la ventaja de facilitar la prueba o incluso presumir la existencia de influencia, a diferencia de lo que ocurre en el art. 2194 CC o en el régimen de usura. Queda por ver cómo se relaciona esto con el pacto sucesorio oneroso para obtener financiación de cuidados, lo que veremos a continuación. Sin embargo, antes de pasar a resolver el problema, veamos cómo han resuelto algunos legisladores extranjeros el problema de la posible influencia de los cuidadores en la elaboración de un testamento por personas mayores.

VI. LAS DIFICULTADES RELACIONADAS CON LA INFLUENCIA INDEBIDA SOBRE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA MAYOR EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EXTRANJEROS.

En Derecho alemán, el art. 14 de la *HeimGesetz* prohíbe a los directores y empleados de los centros asistenciales públicos recibir ventajas patrimoniales de los residentes adicionales a la tarifa acordada en concepto de alojamiento,

46 El art. 255 CC establece que: 1. La declaración realizada bajo coacción moral es aquella que viene determinada por el temor al daño con el que se ha amenazado ilícitamente al declarante para obtener de él la declaración. 2. La amenaza puede referirse a la persona, el honor o los bienes del declarante o de un tercero. 3. La amenaza del ejercicio normal de un derecho o el simple temor reverencial no constituyen coacción. En cuanto al testamento, el art. 2201 CC establece que también es anulable una disposición testamentaria determinada por error, dolo o coacción.

47 El art. 2199 CC establece que es anulable el testamento otorgado por una persona incapaz de comprender el sentido de su declaración o incapaz de ejercer libremente su voluntad por cualquier motivo, incluso temporal.

manutención y cuidados, y que ha sido considerado por los tribunales aplicable a las disposiciones testamentarias y también a centros privados⁴⁸. Al analizar la conformidad de esta norma con la Constitución, el *BVerfG* consideró que no era inconstitucional. El tribunal consideró que se trataba de una restricción proporcional de la libertad de testar, habida cuenta de los beneficios públicos que se derivan de la prohibición en cuestión: a) impedir la explotación financiera de las personas necesitadas de cuidados; b) impedir que la concesión de beneficios financieros adicionales o de promesas adicionales dé lugar a un trato diferenciado (privilegiado o desventajoso) de los residentes de una residencia de personas mayores; c) garantizar la libertad de testar⁴⁹. El tribunal consideró que las normas generales del § 138 *BGB* sobre negocios jurídicos contrarios a las buenas costumbres, así como las normas sobre usura, no eran tan eficaces para perseguir los objetivos en cuestión con una intervención mínima, al igual que las normas sobre revocación de testamentos (§§ 2253-2255 *BGB*) tampoco permitían evitar presiones a los residentes de residencias de ancianos. También se consideró insuficiente exigir la comunicación de la concesión de las prestaciones en cuestión, lo que no impediría la existencia de las presiones mencionadas, así como restringir la prohibición a las situaciones en las que se ha influido activamente en la redacción del testamento, ya que no impediría que los residentes en residencias de personas mayores pudieran adquirir ventajas dentro de la residencia y se produciría una especie de situación de competencia entre los residentes, que podría poner en peligro la tranquilidad de la residencia.

En resumen, para el *BVerfG*, la prohibición de aceptar prestaciones en testamento representa la menor injerencia posible si se considera una prohibición preventiva con reserva de autorización y si se concede al residente el derecho a obtener la autorización, siempre que los fines perseguidos por la prohibición no se realicen en el caso concreto. De esta manera, se permiten beneficios de escaso valor y la autoridad competente podrá autorizar excepciones a las prohibiciones de los apartados 1 y 5 del § 14 en casos concretos, siempre que la protección de los residentes no exija el mantenimiento de las prohibiciones y los beneficios aún no se hayan prometido o concedido.

En Derecho francés, la Ley de 5 de marzo de 2007, que entró en vigor el 1 de enero de 2009, modificó el art. 909 del Código Civil, consagrando un sistema muy próximo al del Derecho portugués, en los arts. 2194 y 2195 *CC*⁵⁰.

48 Cf. TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M^a. P.: *La libertad*, cit, p. 182.

49 Véase la sentencia de 3/07/1998 (I BVR 434/98), disponible en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1998/07/rk19980703_1bvr043498.html (consultado el 25/01/2024).

50 Art. 909: “Los miembros de las profesiones médica y farmacéutica, así como los auxiliares médicos que hayan prestado asistencia a una persona durante la enfermedad de la que ésta fallezca, no podrán beneficiarse de las disposiciones *inter vivos* o testamentarias realizadas a su favor en el curso de la enfermedad. Los representantes legales para la protección de personas mayores de edad y las personas jurídicas en cuyo nombre ejerzan sus funciones tampoco podrán beneficiarse de las disposiciones *inter vivos* o testamentarias

El art. 412-5.2 del Código Civil de Cataluña determina que las personas físicas o jurídicas, y los cuidadores que dependen de las mismas, que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual, solo pueden ser favorecidos en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio. Según Torres García y García Rubio⁵¹, al limitarse a las relaciones contractuales, esta norma no establece un nuevo requisito de inhabilidad, sino unas cautelas formales dirigidas a preservar la integridad de la voluntad testamentaria de la persona sometida al cuidado, dejando en manos del notario la salvaguarda de esta libertad.

En Galicia, según el art. 203 de la Ley 2/2006, de 14 de junio (Ley de Derecho Civil de Galicia): 1. Toda disposición a favor de persona incierta será nula, salvo que por algún evento pueda resultar cierta. 2. Será válida la disposición a favor de quien cuida al testador. Salvo que se disponga otra cosa, si el testador hubiera designado testamentero, será este quien determine en escritura pública la persona o personas que cuidaron al testador. Aunque la norma pretende favorecer la libertad de disposición a la muerte del testador, la doctrina señala los conflictos que pueden surgir por su aplicación. Éstos se refieren a la necesidad de determinar quién cuidó del testador en el sentido pretendido por éste y no sólo de forma objetiva. De lo contrario, la determinación del beneficiario de la disposición sería realizada por un tercero, lo que entra en conflicto con el carácter personalísimo del testamento⁵². Por otro lado, puede existir un conflicto de intereses entre el testamentero, encargado de determinar quién se hizo cargo del testador, y la persona que se considera con derecho a reclamar la prestación⁵³.

Más recientemente, también según el art. 753 CC español, alterado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, será nula la disposición hecha por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos. Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante, solo podrán ser

realizadas a su favor por las personas cuya protección prestan, con independencia de la fecha de la donación. Se exceptúan

1º Las disposiciones remuneratorias realizadas con carácter especial, atendiendo a la capacidad del disponente y a los servicios prestados;

2º Las disposiciones universales, cuando se trate de parientes hasta el cuarto grado inclusive, siempre que el causante no tenga herederos en línea directa; salvo que la persona en cuyo favor se haya hecho la disposición sea a su vez uno de esos herederos.

Las mismas reglas se aplicarán al ministro de culto”.

51 Cf. TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M^a. P.: *La libertad*, cit, pp. 184-185,

52 A excepción del testamento por comisario, previsto en el art. 196 de la citada Ley.

53 Cf. TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M^a. P.: *La libertad*, cit, pp. 185-187.

favorecidas en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto. Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder *ab intestato*.

En el Derecho suizo, el art. 521 del *Code des Obligations [Loi fédérale de 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations)]*, establece que: 1. El contrato de alimentos vitalicios es un contrato en virtud del cual una de las partes se compromete a transferir a la otra un patrimonio o determinados bienes a cambio del compromiso de mantenerla y cuidarla durante el resto de su vida. 2. Si el deudor es nombrado heredero del acreedor, el contrato se rige por las disposiciones relativas a los pactos sucesorios. El art. 522 añade lo siguiente: 1. El contrato de alimentos vitalicios debe recibirse en forma de pacto sucesorio, aunque no implique la institución de heredero. 2. No obstante, bastará un acuerdo privado si el contrato se celebra con un asilo reconocido por el Estado y en las condiciones establecidas por la autoridad competente.

De todas estas soluciones diferentes para la protección de las personas mayores en relación con sus cuidadores pueden extraerse varias conclusiones:

a) que la existencia de un vínculo contractual entre el cuidador y la persona mayor, con el pago de los servicios de asistencia, lleva a los legisladores de diversos países a contemplar con recelo los beneficios *mortis causa* adicionales a estos pagos;

b) que la situación de las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, en un establecimiento público o privado lleva a los legisladores de diversos países a contemplar con recelo los beneficios *mortis causa* en beneficio de los mismos o en beneficio de sus cuidadores, que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento;

c) que la determinación del cuidador puede plantear algunas dificultades cuando la persona no es designada nominalmente en el testamento;

d) que en las situaciones en las que existe una sospecha legítima de que el testador pueda estar influenciado por su cuidador o cuidadores, el legislador trata de proteger a la persona mayor mediante la forma del acto, o mediante la necesidad de consentimiento de una autoridad competente para que se conceda la prestación;

e) que en la única situación analizada en la que la prestación por causa de muerte consiste en el pago de los cuidados propiamente dichos a través de un contrato (derecho suizo), el hecho de que el contrato se celebre con un establecimiento de asistencia reconocido por el Estado permite recurrir a un acuerdo privado.

Por otra parte, como hemos visto, la intención del legislador portugués parece ser añadir una norma al Código Civil que establezca que la disposición a favor de los cuidadores de personas ingresadas en establecimientos públicos o privados de asistencia social es nula si las personas ingresadas están incapacitadas, aunque no se haya decretado ninguna medida para salvaguardar sus derechos. En otras palabras, se trata de una disposición que sólo se aplica en situaciones en las que la persona mayor se encuentra en un establecimiento público o privado de asistencia social y se encuentra en estado de incapacidad, aunque sea meramente fáctica. Se trata de una solución moderada, ya que las prestaciones en cuestión no están totalmente prohibidas.

¿Qué ocurre con las situaciones en las que la persona que presta los cuidados es un particular, a veces en el propio domicilio de la persona mayor, y no un establecimiento de asistencia? Eso es lo que veremos a continuación.

VII. EL EQUILIBRIO ENTRE LA PROTECCIÓN DE LA POSICIÓN DEL CUIDADOR Y LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE DISPONER MORTIS CAUSA DE LA PERSONA MAYOR.

De forma muy ilustrativa, Torres García y García Rubio⁵⁴ se refieren al siguiente problema relacionado con el tema que nos ocupa: “desde otro punto de vista, una prohibición de suceder para las personas que se han ocupado del cuidado del testador cuando más lo necesitaba choca frontalmente con el legítimo deseo de recompensar a las personas que han tenido actitudes bondosas y generosas con el causante y, en definitiva, supone una restricción muy fuerte a la libertad de testar en sentido negativo”, y añade, “es más, la falta de retribución o retribución insuficiente en vida que muchas veces caracteriza estas formas de cuidado, hace que tampoco sean justas prohibiciones *ex ante* como las previstas en los sistemas jurídicos mencionados, sobre todo si estas no permiten matizar en función de las circunstancias del caso”.

En nuestra opinión, desde una perspectiva un tanto pesimista y objetiva, los establecimientos asistenciales que atienden a personas mayores tienen todo el interés en que estas personas vivan más tiempo, ya que de esta manera recibirán el pago por los servicios prestados durante un período de tiempo más largo. Sin embargo, en estos casos, en los que existe un vínculo contractual que da lugar a un pago vitalicio por los servicios en cuestión, cualquier beneficio adicional atribuido por la persona mayor a uno de los empleados del establecimiento puede dar lugar a sospechas legítimas sobre la existencia de una influencia indebida. Por tanto, al igual que ocurre en el derecho alemán y en el Derecho catalán, en estos casos debe existir una autorización de una autoridad competente (para evitar

54 Cf. TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M^a. P.: *La libertad*, cit. pp. 183-184.

que la prohibición de disposición *mortis causa* sea total en relación con estas personas) y también una forma solemne.

El caso en el que la asistencia es proporcionada por particulares plantea mayores dificultades: no sólo porque implica riesgos para la persona mayor atendida, sino también porque no protege la posición de quien cuida, como ya hemos visto⁵⁵. Cabe preguntarse si el problema de proteger a las personas mayores de influencias indebidas deberá abordarse de manera diferente dependiendo de si se trata de cuidados informales o de cuidados prestados en establecimientos de asistencia. Si un beneficio *mortis causa* es una contraprestación por los servicios a prestar, existen ciertos riesgos que existirán en ambas situaciones. Sin embargo, la situación en la que la persona mayor contrata a alguien para que le cuide a cambio de un beneficio sucesorio será la situación que entrañe mayores riesgos, en particular, si estamos ante alguien que la persona mayor no conocía previamente y con quienes no tenía ningún tipo de vínculo, familiar o de amistad. Por el contrario, es natural suponer que la relación familiar entre la persona mayor y su cuidador reduce los riesgos en cuestión, como se desprende del propio art. 2192.2 en la ley portuguesa y del art. 753 CC español. El mayor temor que surgirá de la celebración del pacto sucesorio será su vinculación, porque *pacta sunt servanda*. Pero, como destaca el propio *BVerfG* en el ordenamiento jurídico alemán, la facultad de revocar el testamento no siempre será suficiente para proteger la persona mayor. La solución a la que se refiere el legislador portugués en la Resolución del Consejo de Ministros 63/2015, pero que aún no se ha aplicado, nos parece bastante incipiente: por un lado, se refiere únicamente a situaciones de prestación de cuidados en establecimientos asistenciales, dejando fuera los cuidados informales, es decir, proporcionados por particulares (v.g. vecinos, amigos, familiares); por otra parte, sólo cubre a las personas en situación de incapacidad, sin añadir nada a otros preceptos del Código Civil que ya regulan esta situación, como los relativos a la incapacidad accidental (art. 2199 CC) y a la usura (art. 282 CC), anteriormente mencionadas. Si bien es positiva la introducción de normas específicas para la situación de los cuidadores, la forma en que se refiere a ellas en la citada resolución es claramente insuficiente⁵⁶.

55 Cf. punto n. 4.

56 La solución del art. 753 CC español también puede ser criticada por una sobreprotección de las personas mayores, que ha llevado a una limitación de la libertad de testar. Sin embargo, este precepto no se aplica a: a) personas que ingresan voluntariamente en una residencia, más que están en condiciones de desarrollar su vida fuera de ella; b) las que asisten durante determinadas horas a los llamados centros de día y, que permiten el seguir residiendo en sus domicilios al finalizar la jornada; c) las ingresadas en un establecimiento público, pero con carácter puntual y con una escasa duración, por ejemplo, quien ingresa en un hospital varios días con motivo de una intervención médica. Así, el "internamiento" requiere de una situación que se mantenga en el tiempo; d) por otro lado, ese ingreso ha de realizarse en un establecimiento público o privado, lo que excluye personas que pasan a residir en la vivienda del cuidador, calificada como domicilio privado [cf. CARRIÓN VIDAL, A.: "Algunas reflexiones sobre el artículo 753 CC tras la Ley 8/2021", *Idibe-Instituto de Derecho Iberoamericano*, 26/06/2022, punto 4.B y 5, disponible en: <https://idibe.org/tribuna/algunas-reflexiones-articulo-753-cc-tras-la-ley-8-2021/> (consultado el 15/02/2024)].

El legislador suizo admitió claramente un pacto sucesorio oneroso, en el que la prestación de servicios asistenciales se compensa con la realización de un beneficio *mortis causa*. En cambio, la forma no tiene por qué ser solemne si se trata de un establecimiento de asistencia reconocido por el Estado, y que se supone que estas situaciones están más controladas. En la legislación portuguesa, consideramos que la financiación del cuidado de las personas mayores que viven de su pensión de y que son propietarios de la casa donde viven, podría realizarse con beneficios sucesorios a cambio. Sin embargo, considerando todos los riesgos que implica la situación, cuando dichos cuidados son brindados por personas ajenas al círculo familiar o de amistades de estas personas mayores, la persona que recibe el beneficio sucesorio debe costear los cuidados, pero no debe prestarlos por sí misma. Por ejemplo, puede pagar el establecimiento asistencial donde la persona mayor ha ingresado hasta su fallecimiento. De esta manera se pueden mitigar los riesgos en cuestión. Como las disposiciones *mortis casua* del Derecho portugués, el citado pacto sucesorio tendría que celebrarse solemnemente⁵⁷. Queda por ver si la solución debería ser diferente cuando los cuidados a las personas mayores se realizan en establecimientos asistenciales reconocidos por el Estado. Es decir, saber si, como ocurre en la legislación suiza, en estos casos los pagos por servicios de cuidados podrían realizarse directamente a través de prestaciones sucesorias y no indirectamente, como sugerimos en el texto respecto de los pactos sucesorios celebrados con particulares. Tal vez sí. Expresamos algunas dudas respecto a este punto.

Esta cautela con la prestación de cuidados por parte de quienes se beneficiarán en el futuro de fallecimiento de la persona mayor mediante un pacto sucesorio implica que se debe tener especial cuidado con el uso de intermediarios para realizar estos cuidados. De este modo, similar a lo que ocurre en la legislación portuguesa respecto del art. 2192 CC, según lo determina el art. 2198 CC, el pacto sucesorio será nulo si de él resulta que el cuidador de la persona mayor no será la persona designada como legatario, sino su cónyuge o la persona de la que sea presunto heredero. El Derecho portugués también considera persona interpuesta aquella que actúa de conformidad con un acuerdo con el beneficiario de la disposición sucesoria. Por tanto, la conclusión sobre el pacto sucesorio que entendemos puede utilizarse para garantizar el cuidado de las personas mayores es que el beneficiario de la disposición sucesoria realizada por la persona mayor -que normalmente tendrá por objeto la casa donde vive- tendrá ser una persona apta para prestar el cuidado en cuestión, lo que implica que tendría que existir algún mecanismo público de control de las personas candidatas a cuidadores en estas situaciones.

57 Recordamos que en Portugal no se admiten los testamentos ológrafos.

VIII. LOS CONTRATOS ACTUALMENTE EXISTENTES EN EL DERECHO PORTUGUÉS PARA GARANTIZAR EL CUIDADO DE LAS PERSONAS MAYORES: EN PARTICULAR EL CONTRATO ATÍPICO DE ASISTENCIA A CAMBIO DE LA VENTA DE UN INMUEBLE CON RESERVA DE DOMINIO.

Como hemos visto, debido a la prohibición de pactos sucesorios (art. 2028.2 CC), según la legislación portuguesa no es posible celebrar un pacto de este tipo para garantizar el cuidado de una persona mayor. Entonces ¿qué contratos pueden utilizar las personas mayores para garantizar dichos cuidados?

En cuanto a los contratos onerosos, el primer contrato que se podría pensar sería el de renta vitalicia (art. 1238 CC). En este contrato, una persona transfiere a favor de otra una suma de dinero, o cualquier bien, mueble o inmueble, o un derecho, y la segunda se obliga a pagar una determinada cantidad de dinero u otra cosa fungible durante la vida del transmitente, o de un tercero. Esto se diferencia del pacto sucesorio oneroso antes mencionado, en que no se trata fundamentalmente de una prestación de *dare*, sino de *facere*; a esto se añade que lo mismo no se aplica a las transferencias *mortis causa*. Esto significa que no será adecuado para la situación analizada en el texto en la que la persona mayor sólo es propietaria de la casa donde vive y no tiene dinero para pagar los cuidados que necesita.

Por otro lado, se podría pensar en el contrato de alimentos (art. 2014.I CC); sin embargo, esto también resulta insuficiente para el fin perseguido, porque está limitado por el criterio de proporcionalidad que subyace a la cuantificación de la pensión alimenticia. Esto significa que este contrato puede no ser adecuado para garantizar todos los cuidados que una persona mayor necesita. Por otro lado, es un contrato demasiado rígido en sus supuestos para la protección de las personas mayores en los términos antes mencionados.

En cualquier caso, esto no significa que en ejercicio de la autonomía privada las partes no puedan celebrar un contrato atípico con algunos elementos del contrato de alimentos y otros del contrato de renta vitalicia. De hecho, este tipo de contrato es bien conocido y estudiado en Italia. Según la doctrina italiana, este contrato tiene por objeto fundamentalmente la asistencia material, que no sólo incluye la prestación de *dare*, como en la pensión alimenticia en sentido estricto, sino también de *fare*, que incluye la prestación por el cuidador no sólo de alimentos, vestido y alojamiento, sino también de servicios del cuidador que no son fungibles, de modo que el carácter moral y espiritual del contrato tiene mayor peso que su componente material⁵⁸. Según la doctrina y la jurisprudencia italianas,

58 PALAZZO, A.: *Testamento e istituti alternativi*, en AA.VV. (dir. da GUIDO ALPA e SALVATORE PATTI), *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, Vol I, CEDAM, Padova, 2008, pp. 380-388.

la aleatoriedad subyacente a este contrato permite distinguirlo de una donación. En casos concretos, uno de los aspectos a considerar es si, dado el estado de salud de la persona necesitada de cuidados, estamos ante un contrato oneroso, o un contrato gratuito, en el que es previsible que el fallecimiento se produzca en breve⁵⁹⁻⁶⁰.

No hay ninguna razón para que no se acepte este contrato en Portugal, siempre que cumpla las disposiciones imperativas pertinentes. También es posible realizar el contrato de forma que sus efectos sólo se produzcan en el momento del fallecimiento, aproximándose así a un pacto sucesorio oneroso, aunque no caiga en la prohibición respectiva, ya que la muerte no es la causa del acto, sino un mero término para la producción de los efectos jurídicos, teniendo en cuenta que la persona mayor es inmediatamente despojada de sus bienes, quedando únicamente sujeta a plazo la efectividad del acto. Por otro lado, el acto no es libremente revocable -característica de los actos *post mortem* que la doctrina italiana denomina actos *transmorte* y que están amparados por la prohibición de los contratos sucesorios-, ya que, si existe una condición resolutoria, esto no equivale a su libre revocabilidad⁶¹.

Así, para obtener cuidados de un tercero, una persona mayor puede celebrar un contrato por el cual vende el inmueble en el que vive con reserva de dominio, transfiriéndose la propiedad tras su fallecimiento. La contrapartida sería la prestación de cuidados, no por el comprador de la propiedad, sino por un tercero, designado por la persona mayor, pero cuyos servicios serían pagados por el comprador. El art. 409 CC, suficientemente amplio como para permitir este tipo de contrato, establece que, en los contratos de compraventa, el transmitente puede reservarse la propiedad del bien hasta el cumplimiento total o parcial de las obligaciones de la otra parte, o hasta que se produzca cualquier otro acontecimiento. Si el transmitente puede reservarse la propiedad de la cosa vendida “hasta que se produzca cualquier otro hecho”, la propiedad sólo podrá

59 A este respecto, véase la sentencia de la Corte di Cassazione de 10/10/2023, n.º 28329. Disponible en: https://i2.res.24o.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/QUOTIDIANI_VERTICALI/Online/_Oggetti_Embedded/Documenti/2023/10/11/28329.pdf (consultado el 31/01/2024). Teniendo en cuenta los demás requisitos de validez del contrato, las condiciones relativas al pronóstico de las patologías del beneficiario de la asistencia y la falta de una predeterminación inequívoca de la duración posterior de la vida del beneficiario de la asistencia, el tribunal concluye que no existe una desproporción entre las prestaciones que afecte a la validez del propio contrato.

60 En una sentencia de 11/12/1995, el Tribunal de Casación italiano analizó un contrato en el que, correspondiendo a la cesión de la nuda propiedad de un piso, una de las partes se comprometía a prestar al vendedor con la reserva del usufructo del piso, todos los servicios y la asistencia necesarios durante toda su vida y se comprometía también a dejar su ocupación profesional en el plazo de un mes para dedicarse exclusivamente a la asistencia en cuestión. El tribunal señala que, en la resolución anulada, el tribunal recurrido no tuvo en cuenta el componente espiritual y moral del contrato, que era el más importante, y se centró únicamente en el incumplimiento de dejar la actividad profesional del cuidador para considerar que había incumplimiento de contrato. Añadió también que el principal aspecto que distingue este contrato de asistencia de una renta vitalicia es el carácter *intuitus personae* del primero. (cf. *Rivista del Notariato*, núm. 1-2, 1996, pp. 234-237).

61 Cf. MORAIS, D. B. R. S.: *Autodeterminação*, cit., pp. 556-559; y PALAZZO, A.: *Testamento*, cit., p. 386.

transmitirse en el momento de su fallecimiento, cuando finalice la asistencia y cuidados que debe prestar. Este contrato es especialmente adecuado para las personas mayores que son propietarias de un inmueble en el que viven, pero no tienen dinero suficiente para pagar los servicios de asistencia. Una vez firmado el contrato, la persona mayor se convierte en propietaria temporal, ya que su fallecimiento constituiría una fecha límite para transferir la propiedad a su cuidador. La persona mayor podrá transferir el inmueble como propietario temporal, siempre y cuando encuentre un comprador interesado⁶².

En cuanto a los contratos gratuitos, se puede pensar en la donación modal. En general, la utilización de una donación en vida con el fin de obtener cuidados para una persona mayor siempre tiene el inconveniente de que la persona mayor queda inmediatamente privada de sus bienes, lo que le confiere menos protección. En la donación modal (art. 963 CC), el donatario está obligado a cumplir una o más prestaciones en interés del donante o de un tercero, aunque esto no sea una contraprestación de la atribución patrimonial que se le hace. Por el contrario, estamos antes una mera limitación de esta atribución.

Si el donatario incumple la obligación, puede darse la resolución de la donación por el donante o sus herederos, siempre que este derecho les esté concedido (art. 966 CC). Sin embargo, no siempre el donante es consciente de la necesidad de estipular en el propio contrato la posibilidad de resolver la donación y aunque en este caso, tratándose de obtener cuidados de una persona mayor, se debe asumir que este cargo es imprescindible para la donación que se debe hacer, ésta no es la solución legislativa. Por otro lado, la resolución de la donación modal la hace el tribunal, lo que resulta claramente perjudicial en el contexto de protección de las personas mayores. Finalmente, la situación en la que una persona mayor necesita cuidados y no tiene dinero para pagarlos, aunque sea propietario de la casa donde vive, lo que busca es celebrar un contrato oneroso y no tiene sentido que se vea obligada a recurrir a un contrato gratuito sólo por la prohibición de los contratos sucesorios. Nos enfrentamos a intereses legítimos que justifican una mayor apertura por parte del legislador.

62 El Tribunal de Casación italiano consideró válido un contrato similar a éste, en sentencia del 11/11/1988, *Rivista del Notariato*, núm. 4, 1989, pp. 647-651. Por escritura notarial de 5 de mayo de 1979, el prof. Roger Louis Tillard cedió a los Sres. Bruno Marchiani y Luisa Giorgetti, en concepto de renta vitalicia, la nuda propiedad de un apartamento y el mobiliario del mismo, y el citado matrimonio, como contrapartida, se comprometió a pagar al Sr. y a la Sra. Tillard, además de su manutención -incluidos alimentos, alojamiento y ropa- el alojamiento en una casa de campo en Macerata y, entre otras cosas, todos los cuidados y asistencia, incluido el transporte en coche a ciudades de Italia, Francia o Suiza, para proporcionarles cualquier cuidado y asistencia médica -todo ello a sus expensas- y alojar a los parientes o amigos de Tillard en caso de enfermedad. También se estipulaba en la escritura que, en caso de incumplimiento o cumplimiento inadecuado de esos servicios, se rescindiría el contrato. A continuación, en otra escritura privada de la misma fecha, las partes antes mencionadas acordaron, modificando parcialmente lo convenido en la escritura pública, que la cesión de dichos bienes sólo sería válida tras el fallecimiento de Tillard quien, en caso de absoluta necesidad o necesidad, podría vender la totalidad o parte de los bienes objeto de la renta vitalicia. En tal caso, los citados cónyuges habrían tenido derecho a la parte residual o, en todo caso, a una compensación adecuada por los servicios prestados.

También vimos las dificultades que resultan del uso del testamento para obtener cuidados, en primer lugar, en lo que respecta a la protección de la posición del cuidador⁶³. En este caso, el cuidado de una persona mayor podrá ser condición o carga del legado testamentario. Al igual que en la legislación gallega, el Derecho portugués también admite la validez de una disposición testamentaria a favor de la persona incierta si ésta puede llegar a ser cierta de algún modo (art. 2185 CC). Por tanto, aunque la ley no lo diga expresamente, es válida la disposición testamentaria a favor de quien cuida del testador hasta su muerte. Se trata de un tipo de disposición testamentaria que plantea varias dificultades en el Derecho portugués, en particular, las relacionadas con la determinación de la persona que efectivamente se hizo cargo del testador⁶⁴.

A este respecto, los tribunales portugueses ya han decidido que, si el testador fuese institucionalizado a consecuencia de las graves patologías incapacitantes que le afectaban, asumiendo el coste respectivo con su pensión, y sólo se diera la práctica ocasional y secundaria de actos de asistencia y ayuda, tal condición de cuidado del testador no debe considerarse verificada⁶⁵. Estos tribunales también decidieron que debe entenderse que, si el testador establece como su heredero a “la persona que lo atiende y cuida hace más de tres meses”, no puede reconocerse la condición de herederos testamentarios a quienes no hayan realizado actos de apoyo, tratamiento o cuidado mínimamente significativos, y se limitaban prácticamente a unas pocas visitas a la residencia de personas mayores donde se encontraba internado el causante, sin asumir costo alguno⁶⁶.

IX. CONCLUSIONES.

Ante los cambios sociales que está experimentando la sociedad europea y, en particular, la sociedad portuguesa actual, y debido al desafío que supone poder garantizar el cuidado de las personas mayores cuando cada vez hay menos cuidadores disponibles en el seno de la familia, se hace evidente que la existencia de contratos capaces de garantizar este propósito debería ser una preocupación para el legislador actual. Si bien los viejos dogmas relacionados con la idea de libertad de disposición *mortis causa* y la prohibición de pactos sucesorios pueden tener una justificación en general, en lo que respecta a la prestación de cuidados a personas mayores, debería permitirse un pacto sucesorio oneroso con este fin. Las otras alternativas existentes resultan insuficientes. Sin embargo, existen algunos contratos diseñados para garantizar que las personas mayores puedan costear los cuidados que necesitan. Si la hipoteca inversa -que no existe en el

63 Cf. el punto n. 4 e TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M^a. P.: *La libertad*, cit, pp. 191-193.

64 Cf. MORAIS, D.: *Direito Sucessório-Apontamentos*, cit., pp. 76-77.

65 Como se desprende de la sentencia del STJ de 10/09/2015, Asunto n.º 2695/06.2TBVLG.PI.SI, Ponente – Lopes do Rego. Disponible en: www.dgsi.pt (consultado el 29/01/2024).

66 Cf. la sentencia del STJ de 2/11/2017, Asunto n. 362/11.4TJPRT.PI.SI, Ponente – Salazar Casanova.

Derecho portugués- suscita algunas reservas, ya que representa el uso de un crédito por parte de una persona mayor, parece más prometedora la posibilidad de recurrir a un contrato de asistencia atípico con la atribución de un inmueble con reserva de dominio como contraprestación. Al tratarse de un contrato atípico, a este contrato se podrían aplicar las normas relativas al contrato de alimentos y al contrato de renta vitalicia. Sin embargo, tal como ocurre en las hipotecas inversas, sin ninguna disposición legal que lo prevea ni incentivo público para su utilización, es muy dudoso que las personas mayores, que tienden a ser conservadoras y prudentes – como es el caso de la sociedad portuguesa – se sientan seguras a la hora de recurrir a un contrato de esta naturaleza. Por tanto, sería necesario introducir en el Derecho portugués un pacto sucesorio oneroso, tal como lo hemos definido en el texto, para resolver este desafío de garantizar la financiación de cuidados de las personas mayores de la mejor manera⁶⁷.

En cuanto al problema de la influencia indebida del cuidador en la voluntad de la persona mayor, hemos intentado proponer soluciones a las que puede estar atento el legislador portugués. Tomemos, por ejemplo, la situación muy común de Antonio, de 83 años, que fue embajador y que se encuentra en una situación de debilidad, manifestada por signos de debilidad física y mental que lo llevan a olvidar cosas, personas o lugares, necesitando la ayuda de terceros para la gestión de su persona y su patrimonio. Imaginemos que Antonio, sin tener herederos legitimarios, contrata a alguien para que lo ayude y lo cuide diariamente y que, poco después de que el cuidador comience a brindarle estos cuidados, António revoca su testamento anterior a favor de sus sobrinos y establece a su cuidador como heredero universal y lo constituye como su procurador. Así, desde la perspectiva de los sobrinos y de los amigos de António, sustraídos de la sucesión, estaríamos ante la conocida “estafa del baúl”, contra una persona mayor rica, por parte del cuidador, engañándolo y convenciéndolo para dejarle toda su fortuna en testamento, dejando sin nada los familiares y amigos más cercanos del fallecido⁶⁸.

Es en este conflicto entre los parientes del testador (normalmente sobrinos) y sus cuidadores donde reside el quid de la cuestión. Ser mayor no es una enfermedad, y la edad por sí sola no significa que una persona no tenga capacidad de entender y querer. E incluso puede llegar un momento en que, a pesar de estar físicamente frágil e incluso olvidadiza, todavía esté en posesión suficiente de sus facultades mentales para saber lo que quiere. Ya tenga 80 o 90 años. ¿Y por qué no puede utilizar su herencia para recibir cuidados? Por supuesto, en estas

67 Fue con esta preocupación que, en Italia, en 2018, el *Consiglio Nazionale del Notariato* hizo el Guía para el ciudadano con el tema: “La terza età – strumenti patrimoniali, opportunità e tutela” en lo que se presentan a las personas mayores, en términos sencillos, los distintos contratos que pueden utilizar para garantizar la financiación de los cuidados. Disponible en: <https://notariato.it/trova-guide/> (consulta el 30/01/2024), Italia es uno de los países con población más envejecida de Europa, al igual que Portugal.

68 Una situación semejante fue analizada en la sentencia del STJ de 7/07/2010 Asunto n.º 337/07.8TBFUC.S1, Ponente – Maria dos Prazeres Pizarro Beleza. Disponible en: www.dgsi.pt (consultado el 1/02/2024).

situaciones la posibilidad de revocar el testamento más adelante no siempre es real: basta pensar que el cuidador tendría que acompañar al testador al notario si éste es frágil y puede negarse a hacerlo. En cualquier caso, se trata de situaciones que requieren especial atención y control, como en el uso de un pacto sucesorio oneroso y para las cuales proponemos soluciones.

BIBLIOGRAFÍA

ACTAS DA COMISSÃO REVISORA DO ANTEPROJETO DO DIREITO DAS SUCESSÕES DO FUTURO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS (separata del *Boletim do Ministério da Justiça*, vol. 133, 1964.

ARIÈS, P.: *Essais sur l'histoire de la mort en Occident. Du Moyen Age à nos jours*, Éditions du Seuil, Paris, 1975 (traducción al portuguêS por PRISCILA VIANNA DE SIQUEIRA: *História da morte no Ocidente: da Idade Média aos nossos dias*, Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1977.

BENGSTON, V. L. & ROBERTS, R. E. L.: "Intergenerational solidarity in aging families: an example of formal construction theory", *Journal of Marriage and Family*, vol. 53, 1991.

BRITTINGHAM, S.: "Aging out of place: the toll of reverse mortgages and how to fix the program", *The Elder Law Journal*, vol. 29, núm. 1, 2021.

BROWN, S. L. & LIN, I. F.: "The gray divorce revolution: rising divorce among middle-aged and older adults, 1990-2010", *Journals of Gerontology Series B: Psychological Sciences and Social Sciences*, vol. 71, núm. 2, 2016.

CARRIÓN VIDAL, A.: "Algunas reflexiones sobre el artículo 753 CC tras la Ley 8/2021", *IDIBE-Instituto de Derecho Iberoamericano*, 26/06/2022, disponible en: <https://idibe.org/tribuna/algunas-reflexiones-articulo-753-cc-tras-la-ley-8-2021/> (consultado el 15/02/2024).

DE GIORGI, M. V.: *I patti sulle successioni future*, Jovene, Napoli, 1976.

DEL POZO GARCÍA, E., DÍAZ MARTÍNEZ, Z. y FERNÁNDEZ SEVILLA, L.: "La hipoteca inversa en España: un estudio comparativo con otros países de la Unión Europea y EEUU", *Revista Universitaria Europea*, núm. 15, 2011.

FIDALGO, V. P.: "A tutela do idoso no Direito da Família", en AA.VV.: *Direito e Direitos dos Idosos* (coord. por CARLA AMADO GOMES e ANA F. NEVES), Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2020.

HENRIQUES, S.: "Anotación al art. 2194", en AA.VV., *Código Civil anotado-Livro V: Direito das Sucessões* (CRISTINA ARAÚJO DIAS coord.), 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022.

HEYLEN, L., MORTELMANS, D. & KNAEPS, J.: "Sociological perspectives on changing family constellations and intergenerational support in ageing societies", en AA.VV., *Elderly Care and Upwards Solidarity – Historical, Sociological and Legal Perspectives*

(eds. ELISABETH A. & WENDY SCHRAMA), Intersentia, Cambridge/Antwerp/Chicago, 2020.

LEITÃO, L. M.:

- *Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2021.
- *O enriquecimento sem causa no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2005.

MANCINI, S. B. & WILLIAMSON, O.: "Reversing course: stemming the tide of reverse mortgage foreclosures through effective servicing and loss mitigation", *The Elder Law Journal*, vol. 26, núm. 1, 2018.

MARQUES, J. P. R.: "Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português. Obrigação de alimentos e segurança social", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 83, 2007.

MORAIS, D. B. R. S.:

- "A relevância dos pactos sucessórios renunciativos na transmissão do património entre as gerações", em *Direito das Sucessões e Direito da Família: eternas questões, respostas atuais* (organização DANIEL MORAIS), Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2023.
- "As garantias de autonomia de expressão da vontade do idoso: quando os idosos casam e quando testam", em AA.VV., *Direito e Direitos dos Idosos* (coord. por CARLA AMADO GOMES e ANA F. NEVES), Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2020.
- *Audoterminação sucessória: por testamento ou por contrato?*, Princípia, Cascais, 2016.
- *Direito Sucessório-Apontamentos: introdução e estática sucessória*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2019.
- "Direito Sucessório e a proteção das pessoas idosas", *Lex Familiae*, vol. 15, núm. 31, 2019.

OLIVEIRA, G. DE: "O testamento–apontamentos", em *Temas de Direito da Família*, vol. I (ed. GUILHERME DE OLIVEIRA), 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra.

PALAZZO, A.: *Testamento e istituti alternativi*, em AA. VV. (dir. da GUIDO ALPA e SALVATORE PATTI), *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, Vol I, CEDAM, Padova, 2008.

PINHEIRO, J. D.: *O Direito das Sucessões contemporâneo*, 5.^a ed., Gestlegal, Coimbra, 2022.

PITSTRA, F.: "Historical perspectives on ageing: "Old people and things that pass"", en AA.VV.: *Elderly Care and Upwards Solidarity – Historical, Sociological and Legal Perspectives* (eds. ELISABETH ALOFS & WENDY SCHRAMA), Intersentia, Cambridge/Antwerp/Chicago, 2020.

SILVERSTEIN, M. & BENGSTON, V. L.: "Intergenerational solidarity and the structure of adult child-parent relationships in American families", *American Journal of Sociology*, vol. 103, núm. 2, 1997.

SOUSA, R. C. DE: *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

TORRES GARCÍA, TEODORA F. / GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ: *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en Derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014.

VÍTOR, P. T.: "O dever familiar de cuidar dos mais velhos", *Lex Familiae*, vol. 5, núm. 10, 2008.

