

# FAMILIA y SUCESIONES ICAV

## LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE TESTAR Y LA INJUSTA ASIGNACIÓN LEGITIMARIA AL CÓNYUGE

José M<sup>a</sup> Carrau Carbonell, Notario

## PROMESA DE MATRIMONIO

José Ramón de Verda y Beamonte

■ De las políticas de protección al menor al debilitamiento de la patria potestad.  
Dra. Pilar María Estellés Peralta.

■ Foro Debate.  
Extinción de la pensión de alimentos por causa de ingratitud.

■ Abogados S.XXI  
Retos a los que te enfrentas tras perder una sentencia.  
Saturnino Solano.

## ABOGADO DE FAMILIA: ABOGADO PARA TODA LA VIDA

Al hilo de la excelente ponencia impartida por el Notario de Valencia D. Javier Máximo Juárez González en el pasado ciclo de familia 2019 celebrado en el ICAV este pasado mes de noviembre sobre las repercusiones fiscales en el derecho de familia, podemos plantear la cuestión de que cuando aceptamos la llevanza de un procedimiento de familia, sin darnos cuenta, **nos convertimos en Letrados de esa crisis familiar para toda la vida.**

El cliente trae habitualmente a nuestro despacho profesional, un **problema que viene del pasado y que continúa en el presente** (discusiones familiares, desavenencias, problemas en la educación de los hijos, problemas económicos, etc...) en primer lugar para que le solventemos su presente más inmediato (interposición o contestación de demanda con medidas provisionales, establecimiento de pensiones, reparto de cargas familiares, liquidación de sociedad de gananciales, etc...), pero a la vez también nos está solicitando que preveamos el futuro, en concreto el suyo, y el más allá del presente más acuciante.

**Analizar, contextualizar y resolver cuestiones, dudas o miedos con respecto a las consecuencias penales o civiles que puede tener el incumplimiento de un convenio,** así como dilucidar cuestiones referentes a las repercusiones fiscales que puede conllevar un divorcio por ejemplo (materia en la que los abogados habitualmente no tenemos una extensa formación), son preguntas que, no por ser habituales, no dejan de convertirnos a los Letrados de Familia en previsores de un futuro que no está en

nuestras manos, y asegurarnos que si el desempeño de nuestro trabajo ha sido el correcto (en opinión de nuestro cliente) nos vamos a convertir en abogado del mismo en su tema familiar para toda la vida.

Esa aparente “esclavitud”, y **no romper el cordón umbilical con nuestros clientes, es lo que hace ser tan especial a esta rama del derecho,** nos requiere una dedicación plena, y nos motiva a que nuestra formación tenga que ser diaria, constante, transversal y especializada, sin desdeñar los sacrificios tanto personales como profesionales a los que nos vemos abocados a sufrir, pero que en definitiva, y por supuesto, nos acaba valiendo la pena.

Por último queremos agradecer la excelente acogida que entre vosotros nos dais a toda la formación que se ofrece desde la sección.



Vicente Escribano Barberá  
Miembro Sección de Derecho de Familia  
y Sucesiones ICAV

### FAMILIA y SUCESIONES ICAV

Nº 10 Diciembre 2019

[Edita] Sección de Familia del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Plaza Tetuán 16- 46003 Valencia Tel. 96 3942887  
E-mail: palmira@palmiratrelis.com [Directora] Palmira Trelis Martín [Colaboradores] José Ramón de Verda y Beamonte, José María Carrau Carbonell, Pilar María Estellés Peralta, Saturnino Solano, Joaquín Fuertes Lalaguna, María Jesús Romero Bella, Julia Valcárcel Rodríguez, Blanca Salinas Cantó, Vicente Escribano Barberá, Rosario Sevillano Álvarez, Paula Grau Belda, Julia Claudia Utrillas Borrell, Carlos Gimeno Tormos [Imágenes] por Creative Commons y Freepiks [Diseño y Maquetación] Comunicación Desarrollo www.comunicaciondesarrollo.com

E-mail: hola@comunicaciondesarrollo.com **ISSN 2659-3122**

Las opiniones que figuran en la publicación “FAMILIA y SUCESIONES ICAV” pertenecen exclusivamente a sus autores.

4 Promesa de Matrimonio

José Ramón de Verda y  
Beamonte

16 Retos a los que te enfrentas  
tras perder una sentencia.

Saturnino Solano

28 Las limitaciones a la libertad  
de testar y la injusta asignación  
legitimaria al cónyuge.

José M<sup>a</sup> Carrau Carbonell,  
Notario

33 **DESAYUNO ICAV**  
13 Diciembre. El interés del  
menor: relaciones con abuelos y  
allegados.

12 Foro Debate.

Extinción de la pensión de  
alimentos por causa de  
ingratitude.

24 De las políticas de  
protección al menor al  
debilitamiento de la patria  
potestad.

Dra. Pilar María Estellés Peralta

32 **Ciclo de Familia 2019**

Resumen del evento

34 **Life**

Arcos de las Salinas. La magia de  
su cielo estrellado

# PROMESA DE MATRIMONIO



**José Ramón de Verda y Beamonte,**  
Catedrático de Derecho civil de la  
Universidad de Valencia.

**1. El art. 42 CC** niega a la promesa de matrimonio el carácter de fuente de la obligación de contraerlo. Dice, así, que “La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiera estipulado para el supuesto de su no celebración”.

Esto último implica que cualquier pacto entre los contrayentes que contuviera disposiciones que rigiesen los efectos del incumplimiento de la promesa de matrimonio sería nulo de pleno derecho.

La SAP Cantabria 19 abril 2005 (AC 2005, 1833) desestimó, así, las pretensiones de la demandante, quien presentó un pacto elevado a escritura pública en el que se establecía que las consecuencias en caso de incumplimiento de la promesa de matrimonio consistían en abonar el demandado a la demandante la suma de 36.000 euros.

La norma está dirigida a la tutela de la libertad nupcial de los contrayentes, **garantizando que la constitución de una familia fundada en el matrimonio, solo tendrá lugar en virtud de un acto de voluntad concurrente en el momento de su celebración.** La institución del

matrimonio está animada por el principio fundamental de absoluta libertad de los individuos, tanto respecto del **an** como respecto del **quando**: plena libertad de dar vida a una familia fundada sobre el matrimonio, plena libertad (hasta la perfección del acto) para decidir no contraerlo.

La libertad matrimonial exige que ninguna persona deba asumir el estado civil de casado y los radicales efectos jurídicos, personales y patrimoniales, que conlleva contra su voluntad.

Quien contrae matrimonio debe ser plenamente consciente del acto que realiza y consentir con entera libertad en todas las consecuencias jurídicas que de dicho acto derivan. **La naturaleza misma del matrimonio exige la espontaneidad y la libertad del querer y, por ello, no puede obligarse a una persona a celebrar un matrimonio, por el mero hecho de haberse comprometido a contraerlo.** Es, hasta el último momento, un acto de la persona, enteramente libre e incoercible. Por ello, el art. 42 CC establece que “**No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento.**”



**2. No obstante, el art. 43 CC** afirma que “El incumplimiento, sin causa, de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido”; añade, además, que “Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio”.

La SAP Guadalajara 10 abril 2014 (JUR 2014, 126753) constata que, siendo el plazo de caducidad, no resulta interrumpido por la existencia de dos burofaxes, en los que la novia reclama al novio que rompió la promesa el resarcimiento de los gastos de preparación de la boda.

En mi opinión, esta disposición tiene como finalidad tutelar la confianza legítimamente suscitada por la promesa (respecto a la celebración del matrimonio), en consideración a la cual quien la recibe realiza, de buena fe, gastos o asume obligaciones a los que la ruptura convierte en inútiles: **una cosa es que se tenga libertad para apartarse de la promesa (la decisión de casarse es libre) y otra, bien diversa, es que, en caso de ruptura (sin una causa razonable) de aquella, no se deba responder por la lesión culpable de la confianza suscitada por los propios actos o declaraciones.** Por lo tanto, con el incumplimiento de la promesa de matrimonio, pasa algo semejante a lo

que acontece con la ruptura de los tratos preliminares: no cabe duda de que si alguien entra en negociaciones con otro puede apartarse de ellas, sin que esté obligado a concluir el contrato de cuya celebración se trataba (a ello se opone el principio de autonomía privada); ahora bien, si se comporta de mala fe, rompiendo las negociaciones de manera arbitraria o intempestiva, debe resarcir a la persona perjudicada el interés contractual negativo (en este caso, por aplicación del art. 1902 CC).

No obstante, hay que reconocer que el art. 43 CC llega a una solución que armoniza el principio de tutela de la confianza con el de libertad nupcial, el cual quedaría desvirtuado, si la negativa a cumplir la promesa produjera consecuencias patrimoniales tan gravosas, que el promitente se viera constreñido a contraer matrimonio para escapar al pago de una indemnización cuantiosa. Ello explica la limitación del importe máximo de la indemnización a los conceptos que la propia norma determina (gastos hechos y obligaciones contraídas en atención al matrimonio), cerrando la posibilidad de que el promisorio pueda pedir el resarcimiento de otros daños (al menos, patrimoniales), como, por ejemplo, el consistente en la pérdida del estado civil de casado o de la posibilidad de haberse podido contraer otro matrimonio.



Una vez hechas estas aclaraciones, procederemos al estudio del art. 43 CC.

**3. La obligación resarcitoria presupone el incumplimiento, sin causa,** de una promesa cierta de matrimonio, hecha por un mayor de edad o por un menor emancipado.

**a)** A mi parecer, el carácter cierto de la promesa tiene una doble significación. De un lado, exige la existencia de un propósito serio de contraer matrimonio en un periodo razonable, sin que sea suficiente una pura relación de noviazgo entre dos personas, las cuales se representen el futuro matrimonio como una pura hipótesis, pendiente de ulterior concreción. De otro lado, la certeza significa que la promesa debe ser probada, prueba que puede realizarse por cualquiera de los medios admitidos en Derecho. Se ha deducido, así, la existencia de una promesa cierta de matrimonio de la circunstancia de que se había incoado el oportuno expediente previo y se había fijado un día concreto para la celebración de la boda.

**b)** No todo incumplimiento de la promesa de matrimonio origina el nacimiento de la obligación resarcitoria, sino, tan solo, el incumplimiento de aquella “sin causa”.

En la redacción originaria del art. 44 CC (correspondiente al actual art. 43) se decía “sin justa causa”, calificativo que desapareció tras la reforma operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, en el vigente art. 43 CC.

La SAP Sevilla 30 enero 2001 (JUR 2001, 194405) entendió que, a pesar de que no

había quedado probada la ruptura de la promesa matrimonial, el apartamiento de aquella no habría sido arbitrario o injustificado, al exigir la actora como garantía para el matrimonio que el demandado otorgara testamento a su favor. En este sentido, señala la sentencia que “la única posible causa mediata o indirecta de la ruptura que se puede considerar acreditada es una exigencia de la actora extraña al compromiso matrimonial, por lo que sería esta conducta de condicionar el matrimonio al otorgamiento de testamento, imputable exclusivamente a la actora, la que motivó al demandado a apartarse de su celebración”.

La locución legal “sin causa” plantea un problema exegético. Desde luego, hay que excluir un criterio interpretativo meramente subjetivo, que identifique la “causa” con los puros móviles internos del sujeto que incumple, pues, si así fuera, el nacimiento de la obligación resarcitoria sería ilusorio. **Creo que se impone una interpretación objetiva de la locución legal “sin causa”, conforme a la cual hay que excluir la obligación de resarcir, cuando la ruptura sea consecuencia de un cambio sobrevenido de circunstancias** (por ejemplo, padecimiento de una enfermedad grave o pérdida del trabajo y, en consecuencia, de la posibilidad de obtener ingresos que permitan mantener una familia) o del conocimiento posterior de una cualidad negativa del otro promitente, que, según los valores generalmente aceptados o imperantes en el ambiente o círculo social al que pertenecen los novios, hagan razonable apartarse del inicial propósito de contraer matrimonio.

**c)** El art. 43 CC exige que la promesa sea realizada por persona mayor de edad o por menor emancipado. No es este un requisito de capacidad, ya que la promesa de matrimonio no es un negocio jurídico. Ahora bien, para que el incumplimiento de aquella pueda dar lugar al reembolso de los gastos efectuados, es necesario que sea capaz de suscitar en quien la recibe la confianza de que se va a cumplir y no parece que pueda suscitar dicha confianza la promesa hecha por quien, por su edad temprana, carece de las condiciones de madurez necesarias como para comprometerse.

#### 4. En torno a la legitimación para ejercitar la acción de responsabilidad, cabe hacer las siguientes precisiones.

En primer lugar, el art. 43 CC concede legitimación a la parte cuya confianza en la celebración de las nupcias quiebra, como consecuencia de la negativa, sin causa, de la otra, a cumplir la promesa de matrimonio. Sin embargo, la jurisprudencia también concede acción resarcitoria al promitente que incumple la promesa de matrimonio, pero, por una causa imputable al otro, solución esta, expresamente consagrada por el art. 81 CC italiano, que sujeta a responsabilidad, no solo al promitente que, sin justo motivo, se niega a cumplir la promesa de matrimonio, sino también al promitente que, con su propia culpa, ha dado justo motivo al otro para negarse a celebrar el matrimonio.

La SAP Ciudad Real 3 mayo 2005 (JUR 2005, 113247) consideró una agresión a la demandada como causa suficiente para romper la promesa de matrimonio, ya que es claro que “el haber sido víctima de una agresión por parte de quien iba a ser su marido, es causa suficiente, motivada y legítima, para romper la promesa

de matrimonio, con lo cual no se da el requisito que exige el art. 43 del CC del incumplimiento sin causa”.

La SAP Málaga 31 octubre 2014 (AC 2014, 2231) también consideró justa causa para la ruptura de la promesa que el novio, 37 días antes de la fecha fijada para la boda, llamase telefónicamente a la novia y le dijera que no quería casarse, sin ofrecer explicación alguna, mandándole después, pocos días antes de la fecha de la boda (que ya había sido cancelada), un fax en el que le decía que quería casarse.

**En segundo lugar, la legislación española no contempla que personas distintas a los propios promitentes, como, por ejemplo, los padres** y otros familiares de éstos, puedan reclamar el reembolso de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en razón del matrimonio proyectado, **lo que no parece excesivamente justo, ya que, en numerosas ocasiones son ellos quienes desprendidamente realizan una serie de gastos que, en principio, debieran ser satisfechos por los promitentes.** En cualquier caso, la SAP Sevilla 8 mayo 2003 (JUR 2003, 267751) admitió la eficacia de la reclamación por parte de los padres de la novia de los gastos efectuados en consideración al matrimonio, señalando que “los padres de Natalia tienen legitimación activa para ejercitar la pretensión procesal, ya que se obligaron de forma solidaria al pago del crédito recibido, junto a su hija y al novio de esta en el momento de la firma de la escritura pública, y para que el crédito fuese concedido hipotecaron su propia vivienda, donde habitaban”, lo que implica, a juicio del tribunal, que no existía ánimo de lucro en los padres de Natalia, habida cuenta que hipotecan su propia casa para la felicidad de su hija.





No obstante, queda siempre a salvo la posibilidad de que dichos padres o familiares puedan hacer valer la ineficacia de las donaciones que hubieran hecho a los promitentes, en razón del matrimonio no celebrado (art. 1342 CC), y, así mismo, podrán, en su caso, acudir a la acción de enriquecimiento cuando se den los requisitos a los que la jurisprudencia subordina su ejercicio.

**5. Del art. 43 CC**, tal y como resulta de la interpretación que del precepto realiza la jurisprudencia, se deduce que el obligado al resarcimiento es el promitente, que, sin causa, incumple la promesa de matrimonio, así como el que, con su conducta, da motivo razonable a la otra parte para que esta rehúse la celebración del matrimonio.

Por lo tanto, en virtud del art. 43 CC, no se puede demandar a terceras personas, distintas de los promitentes, el reembolso de desplazamientos patrimoniales realizados a su favor, que tuvieran su causa en el matrimonio proyectado, aunque siempre cabrá la posibilidad de acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto para obtener el oportuno resarcimiento. V. en este sentido STS 27 marzo 1958 (RJ 1958, 1456), que estimó la demanda, interpuesta por el antiguo novio contra quien habría de haber sido su futuro suegro para que le reembolsara el valor de las obras realizadas en el piso, propiedad de la mujer de este último, en el que él habitaba y donde los promitentes

tenían pensado fijar su domicilio conyugal después de la celebración del matrimonio, obras, cuyo valor fue cifrado en 32.568 ptas. Supuesto semejante es el contemplado por la SAP Córdoba 4 noviembre 2013 (JUR 2014, 33556), que condenó a la madre del novio a resarcir a la novia el importe de las cantidades invertidas en las obras de la vivienda propiedad de aquella, donde los novios, una vez casados, pretendían fijar el domicilio familiar.

**6. El art. 43 CC** fija, con toda claridad, cuál es el alcance de la obligación resarcitoria, la cual comprende “sólo”, “los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido”. La expresión “sólo” indica claramente que estamos ante una norma de carácter restrictivo, que, en aras de la protección de la libertad nupcial, reduce drásticamente el daño resarcible, que queda limitado a los “gastos hechos” y a las “obligaciones contraídas”, que guarden “una relación de causalidad directa” con la promesa de matrimonio [STS 16 diciembre 1996 (RJ 1996, 9020)]. Parece prudente aplicar la solución del § 1298 BGB, que prevé que los daños resarcibles han de ser razonables en atención a las circunstancias, como también el art. 81.I CC italiano, según el cual solo serán resarcibles aquellos gastos u obligaciones que sean proporcionados a las condiciones de los prominentes.

**a)** Son gastos indemnizables los hechos en consideración al matrimonio proyectado, los cuales quedan sin utilidad, dada la negativa del promitente a celebrarlo. Es decir, únicamente se indemnizan aquellos gastos que, de no haber mediado la promesa incumplida, no se habrían realizado. No se indemnizan, en cambio, aquellos otros gastos que, aunque aparezcan vinculados al matrimonio, pudieran tener utilidad con independencia de la celebración de aquel.

**En nuestra jurisprudencia se han considerado indemnizables los gastos originados por los siguientes conceptos:**

el importe del billete de avión que debió pagar la novia para regresar a España desde Suecia (donde residía), así como el de transportar los muebles de esta [SAP Asturias 15 noviembre 2000 (AC 2000, 2310)]; los derivados de cancelaciones de la reserva del comedor donde se pensaba celebrar el banquete nupcial [SAP Alicante 2 noviembre 2000 (JUR 2000, 46609), SAP Barcelona 12 junio 2008 (JUR 2008, 317049) y SAP Islas Baleares 3 enero 2012 (AC 2012, 364)], del encargo de reportaje fotográfico [SAP Alicante 2 noviembre 2000 (JUR 2000, 46609) y SAP Islas Baleares 3 enero 2012 (AC 2012, 364)] y de lista de boda [SAP Alicante 2 noviembre 2000 (JUR 2000, 46609)], así como el precio del traje [SAP Alicante 2 noviembre 2000 (JUR 2000, 46609), SAP Valladolid 16 abril 2008 (JUR 2008, 304136), SAP Málaga 31 octubre 2014 (AC 2016, 2231) y SAP Islas Baleares 3 enero 2012 (AC 2012, 364)] y de los zapatos de novia [SAP Alicante 2 noviembre 2000 (JUR 2000, 46609) y SAP Valladolid 16 abril 2008 (JUR 2008, 304136)]; los generados por la compra de enseres, electrodomésticos, elementos de menaje y decoración del futuro hogar [SAP Badajoz 10 julio 2007

(JUR 2007, 318209), SAP Valladolid 16 abril 2008 (JUR 2008, 304136), SAP Murcia 29 mayo 2009 (JUR 2009, 280024), SAP Guadalajara 15 enero 2010 (JUR 2011, 221192) y SAP Islas Baleares 3 enero 2012 (AC 2012, 364)]; el coste de las invitaciones de boda [SAP Barcelona 12 junio 2008 (JUR 2008, 317049) y SAP Islas Baleares 3 enero 2012 (AC 2012, 364)], de las alianzas [SAP Islas Baleares 3 enero 2012 (AC 2012, 364)] o de la cancelación del viaje de novios [SAP Málaga 31 octubre 2014 (AC 2014, 2231)].

**b)** No solo son indemnizables los gastos hechos, sino también las “obligaciones contraídas en consideración al matrimonio proyectado”. En este sentido, se ha considerado una obligación indemnizable el importe de los intereses del préstamo personal solicitado por la demandada para contribuir al pago del precio del piso donde los litigantes pensaban fijar su domicilio conyugal, el cual era propiedad del demandado [SAP Almería 24 octubre 1994 (AC 1994, 2380)]. También se ha condenado al demandado-apelante, al pago de la cantidad de 10.293'52 euros correspondientes a las obligaciones asumidas por razón del matrimonio, derivadas de la compra de muebles, enseres y una vidriera [SAP Badajoz 10 julio 2007 (JUR 2007, 318209)].

**c)** Dada la literalidad del art. 43 CC, es claro que ha de excluirse la posibilidad de resarcimiento del lucro cesante, por la pérdida de las ganancias dejadas de obtener como consecuencia de la promesa de matrimonio. Y es que el art. 43 CC se refiere a “gastos hechos y obligaciones contraídas”, no a ganancias dejadas de obtener.

El art. 43 CC solo contempla la indemnización de los “gastos hechos” y de las “obligaciones contraídas”, debiendo existir un nexo de causalidad preciso entre dichos conceptos y la promesa de matrimonio. Por lo tanto, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos (señaladamente en el alemán, en virtud de lo dispuesto en el § 1298.I BGB), el precepto no prevé la indemnización de otros daños patrimoniales indirectos, como puede ser la pérdida de una posición contractual, de un subsidio [SAP Asturias 15 noviembre 2000 (AC 2000, 2310)] o de un empleo, por causa del traslado a la localidad donde los promitentes pensaban establecer su domicilio conyugal.





Sin embargo, la STS 16 diciembre 1996 (RJ 1996, 9020) estimó la demanda de una promitente abandonada, que, ante la promesa del novio demandado, de que se casaría con ella, trasladó su residencia al domicilio de aquel, abandonando el piso que tenía arrendado en otra localidad, donde venía viviendo y en el que aceptaba huéspedes, con lo que obtenía una serie de ingresos económicos.

El demandado se negó a cumplir la promesa de matrimonio y la actora se encontró con que había perdido su condición de arrendataria del piso en el que residía anteriormente, por lo que pidió la indemnización del daño subsiguiente. **El TS no estimó la demanda con apoyo en el art. 43 CC, pero sí en base al art. 1902 CC, cifrando el daño resarcible en tres millones de pesetas**, cantidad inferior a la reclamada, al entender que había existido negligencia concurrente por parte de la víctima, que debía determinar una aminoración del quantum debido.

**No estoy de acuerdo con la aplicación**

**que hace el TS del art. 1902 CC para fundamentar el fallo condenatorio, porque, a mi juicio, este artículo no juega en el caso de la ruptura de la promesa de matrimonio, cuyos efectos económicos se rigen, exclusivamente, por el art. 43 CC:** este precepto es una norma especial, que establece un supuesto específico de responsabilidad prenegocial, la cual es una clase de responsabilidad civil extracontractual, por lo que excluye la aplicación de la norma general del art. 1902 CC. En consecuencia, **a mi entender, solo son indemnizables los daños patrimoniales directos que tienen cabida en los conceptos de “daños hechos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido”**, sancionándose, así, una regla que, si bien tutela la confianza puesta en el cumplimiento de la promesa, no incide de manera decisiva en la libertad nupcial de los promitentes, al limitarse rigurosamente el contenido de la obligación de resarcimiento.

**7. Es evidente que el art. 43 CC** no contempla la indemnización del daño moral que pudiera derivar de la ruptura de la promesa de matrimonio para el promitente abandonado. V. en este sentido STS 16 diciembre 1996 (RJ 1996, 9020), SAP Barcelona 17 enero 2000 (AC 2000, 1134) y SAP Toledo 3 abril 2000 (AC 2000, 4476). Más recientemente, la SAP Madrid 9 abril 2019 (JUR 2019, 213007), con apoyo en argumento de que no es indemnizable el daño moral por ruptura de la promesa de matrimonio, ha considerado que tampoco lo es el daño moral por incumplimiento de la promesa de instaurar o mantener una convivencia more uxorio.

No obstante, la clara posición de la jurisprudencia española al respecto, que en general compartimos, hay que tener en cuenta que, aunque, en principio el art. 43 CC no contempla la reparación de daños no patrimoniales, hay casos en los cuales el incumplimiento de la promesa, concurriendo ciertas circunstancias, puede ocasionar un daño moral resarcible en virtud del art. 1902 CC o a través del art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo (por vulneración del derecho al honor).

Piénsese, por ejemplo, en el supuesto en el que el novio no se presenta en el ayuntamiento donde se iba a celebrar la boda o desaparece súbitamente la misma mañana del día de la ceremonia nupcial.



# EXTINCIÓN PENSIÓN DE ALIMENTOS POR CAUSA DE INGRATITUD



**Julia Valcárcel**

Vocal de la Sección de Familia y Sucesiones ICAV



**Blanca Salinas**

Vocal de la Sección de Familia y Sucesiones ICAV

No logro comprender, el temor de los Juzgados a aplicar la Jurisprudencia del TS en cuanto a la extinción de la pensión de alimentos por ingratitud, deberán en algún momento acatar la Jurisprudencia mayor a la que están sujetos, sin obligar a los justiciables a acudir a Órganos superiores para así poder hacer valer sus derechos. En consonancia con ello, la legislación catalana que, en materia de familia y sucesiones, siempre va un paso por delante que el resto de España, ha introducido, en el Libro IV del Código Civil de Cataluña, una nueva causa de desheredación: la falta de relación familiar entre el causante y el legitimario por causa imputable exclusivamente al legitimario (art.451-17.2 e). "la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario". Ya en la Sentencia n.º 192/2012, de fecha 15 de marzo, dictada por la Sección 18 de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, en aplicación del citado artículo, hacía la siguiente reflexión: "Todo lo cual, tanto desde el punto de

vista legal como moral, me parece un acierto, ya que no es de recibo que se rechace al padre y a la vez se pretenda vivir a costa suya.» Todo puede ser fruto de los cambios de estructuras familiares que, sin duda alguna conducen a que sea la Jurisprudencia la que se acopla a la realidad que vivimos, pues los legisladores no darían a vasto con tantos cambios y modalidades de familias. Cada vez es más habitual la falta de relación de los hijos con sus padres que, de forma voluntaria dejan de cumplir su régimen de visitas, y que, como dice algún Tribunal, "no se puede obligar a una persona de 15 años a cumplir un régimen de visitas". Siempre me ha sorprendido esta afirmación, pues si los menores no acuden al colegio, se podrían iniciar diligencias penales contra sus progenitores por "absentismo escolar", y sin embargo, no se puede obligar a un hijo a disfrutar de los cuidados de uno de sus progenitores, y además no constituye delito.

Así en una ocasión, y ejecutando una sentencia de custodia compartida semanal, la menor de 12 años, dejó de ir con su padre en su semana, por lo que mi defendido desesperado acudió, a pesar de mis consejos, a denunciar tales hechos a comisaría, sin que le recogieran la denuncia, ante la nefasta despenalización de los incumplimientos que, nos abocan a interminables procedimientos de ejecución. Instamos ejecución y se dio traslado a la contraparte, alegando que era la niña la que no quería cumplir, y que en consecuencia no se podía ejecutar. Y en ese sentido resolvió la Juzgadora, estimando la oposición, y justificando que no se podía imputar responsabilidad alguna a la progenitora, pues no dependía de ella, dejando, en definitiva, el cumplimiento del régimen de custodia establecido en sentencia al arbitrio de lo que la menor de edad decidía.

En este mismo sentido, se pronuncia el Auto de la AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª, de 4 d abril de 2019, que a modo de resumen expone que no cabe hablar de un incumplimiento imputable a la madre, sino que es la menor (16 años) la que ha manifestado una voluntad clara contraria al cumplimiento de lo dispuesto en el Auto. Por tal motivo, no puede continuar la ejecución contra la madre, dando lugar, en otro caso, a unas posibles multas coercitivas frente

a ella, cuando no se ha acreditado haya influido de forma relevante en la conducta de la menor.

Por otra parte, la aplicación de la ingratitud como causa de extinción de la pensión de alimentos nos plantea un problema de prueba. Como podemos observar, la causa de desheredación requiere que la ingratitud, o sea la ausencia de relación con el causante, ha de ser imputable al legitimario, siendo el heredero quien debe probarla. Pues bien, para que la extinción de la pensión alimenticia pudiera traer causa en la "ingratitud", requiere que ésta sea imputable en exclusiva al hijo, siendo muy complicado, por no decir imposible, demostrar o acreditar que la falta de relación con su progenitor se debe únicamente al hijo.

En este sentido, y haciéndose eco de esta nueva realidad social, ya se ha pronunciado el TS, en su reciente sentencia de 104/2019, Sección 1ª, de la Sala de lo Civil, de 19/02/2019, N° de Recurso: 1434/2018, con párrafos tan interesantes como:

"La nula relación personal de los alimentos con el alimentante y la absoluta desafección entre los hijos y el padre que...se expone como tercera causa para el cese del deber de prestar alimentos ha de recibir un tratamiento distinto al de los dos motivos anteriores

ya que si bien es cierto que la ausencia de relaciones paternofiliales no se contempla expresamente como motivo tasado en el art. 152 del Código Civil ni en otro precepto para dar por extinguida la obligación alimenticia, no lo es menos que las "circunstancias" a las que se refieren los arts. 90 y 91 del Código Civil y el art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pueden ser diversas y de distinta naturaleza, sin que de ningún modo constituyan "númerus clausus".

"Establecido lo anterior, ha de tenerse por acreditado el total desapego hacia el padre que exteriorizan los hijos y que han manifestado sin ambages al ser interrogados en calidad de testigos. Por un lado, el hijo Hilario asegura que no habla con su padre desde hace 10 años y que no ha intentado ponerse en contacto con él. Refiere que en la jefatura de estudios de la Universidad en la que cursa su carrera le dijeron que su padre había solicitado datos sobre su evolución académica pero que él, como mayor de edad, no permitió que facilitase ninguna información. Por otro lado, la hija Miriam afirma que no ve a su padre desde hace 8 años y proclama que no tiene interés en volver a verle.

"Abstracción hecha de si la reiterada e ininterrumpida carencia de relaciones afectivas y de comunicación es achacable al padre o a los hijos, aspecto éste que es irrelevante en este momento dada la

mayoría de edad de éstos, ha de tenerse presente que aunque los padres tienen una obligación moral con sus hijos para ayudarles a lo largo de su vida como estimen conveniente, dicho deber queda constreñido al ámbito de la conciencia y la ética de cada persona, siendo, en todo caso, recíproca para los ascendientes y descendientes la obligación de darse alimentos en toda la extensión si se impusiera judicialmente al amparo de lo previsto en el art. 143 del Código Civil. Por ello, siendo la negativa a relacionarse con el padre una decisión libre que parte de los hijos mayores de edad y habiéndose consolidado tal situación de hecho en virtud de la cual el padre ha de asumir el pago de unos alimentos sin frecuentar el trato con los beneficiarios ni conocer la evolución de sus estudios, se considera impropio que subsista la pensión a favor de los alimentistas por cuanto que se estaría propiciando una suerte de enriquecimiento injusto a costa de un padre al que han alejado de sus vidas.

"En definitiva, la mayoría de edad de los hijos y su manifiesto y continuado rechazo a su padre puede y debe calificarse como una alteración de las circunstancias de verdadera trascendencia por sus repercusiones en el ámbito personal de los implicados, siendo además una situación duradera y no coyuntural o transitoria, que puede ser imputable a los alimentistas, sin que ello reste responsabilidades al

padre por su falta de habilidades, y que ha acaecido con posterioridad al momento en que se adoptó la medida cuya modificación se pretende.

Fija como doctrina jurisprudencial de la sala que "el maltrato, de obra o psicológico, por parte del donatario hacia el donante queda calificado como un hecho integrado en la causa de ingratitud contemplada en el artículo 648.1 del Código Civil". Para llegar a dicha interpretación y formación de doctrina jurisprudencial sienta su fundamentación en los siguientes pilares: (i) En que la doctrina jurisprudencial de esta Sala, SSTS de 3 de junio de 2014 (núm. 258/2014) y de 30 de enero de 2015 (núm. 59/2015) la interpretación del sistema del artículo 648.1 del Código Civil, en cuanto al maltrato de obra o psicológico se refiere, debe realizarse conforme a las siguientes directrices o criterios de interpretación.

**En primer lugar**, y en orden a la caracterización de la figura, debe precisarse que aunque las causas de revocación de la donación sean únicamente las que expresamente contempla la norma ( artículo 648 del Código Civil ), y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de aplicación analógica, ni de

interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que los elementos conceptuales contemplados por la norma, deban ser, asimismo, objeto de interpretación rígida o sumamente restrictiva.

**En segundo lugar**, y en la línea de lo anteriormente expuesto, debe señalarse que la doctrina jurisprudencial de esta Sala a propósito del contenido y alcance del artículo 648.1 del Código Civil, entre otras, STS de 18 de diciembre de 2012 (núm. 747/2012), ya ha destacado la interpretación flexible que cabe realizar de este precepto tanto respecto a la falta de precisión técnica con la que se refiere al concepto de delito y a los concretos derechos o bienes protegidos ("persona, honra y otros bienes"), por lo que el precepto debe interpretarse, en sentido laxo, con relación a todo posible delito por el que pudiera resultar ofendido el donante en su gratitud, como a la innecesariedad que, a tales efectos, se haya producido previamente una sentencia penal condenatoria, ni tan siquiera que el procedimiento penal se haya iniciado; bastando la existencia de una conducta del donatario socialmente reprobable, que revistiendo caracteres delictivos, aunque no estén formalmente declarados como tales, resulte ofensiva para el donante.

Por último, y en **tercer lugar**, debe concluirse que, de acuerdo con los criterios interpretativos de la realidad social del momento de aplicación de la norma y su propia finalidad, el maltrato de obra o psicológico realizado por el donatario debe quedar reflejado como un hecho integrado en la causa de ingratitud del artículo 648.1 del Código Civil.

A pesar de que esta sentencia nos da las pistas para poder interesar la extinción, el TS no casa la Sentencia de la Audiencia, al considerar que no consta acreditado que el distanciamiento, fuera directamente imputable a los hijos, en los términos comentados anteriormente.

Deberemos los Letrados seguir intentándolo, pues es cuestión interesante, sobre todo si tenemos en cuenta que, llegado el momento de precisar el progenitor alimentos de sus hijos mayores de edad (principio de solidaridad familiar), careciendo de relación, ¿podrá interesar una pensión de alimentos?, ¿quién deberá acreditar el motivo o el responsable de dicha falta de relación?, ¿será esta vez el progenitor?.



## CUANDO SE PIERDE UNA SENTENCIA, TE ENFRENTAS A LOS SIGUIENTES RETOS:

- Tú y tu estado emocional alterado.
- Tu cliente y su frustración por no obtener el resultado apetecido.
- Las posibles consecuencias económicas del resultado adverso para tu cliente: no cobra lo reclamado y debe pagarte a ti y, además, probablemente las costas del adversario.
- Las dificultades que se presentan, de repente, para cobrar a tu cliente, al haber perdido el pleito, por no haber fraccionado el pago.
- El coste económico y de esfuerzo de un posible recurso.
- Tu cansancio por la lucha con el mismo tema tanto tiempo y el agobio de tener que seguir peleando.
- El agobio y el estrés que supone añadir un plazo más a tu agenda.
- La perentoriedad del plazo para consignar el importe de la condena, en algunos casos, para poder recurrir.
- La posibilidad de que la parte contraria solicite, ante tu recurso, la ejecución provisional.



SATURNINO SOLANO  
ABOGADO  
Saturninosolano.com

Lo que a continuación te propongo no es una solución al pasado.

Si algo he aprendido en esta profesión es que el pasado solo existe en la mente como recuerdo. Nada más.

### El tesoro del tiempo:

En esos momentos en que la cabeza se siente aturdida por el resultado obtenido, lo que más falta nos hace es **TIEMPO**:

Tiempo para recuperar la serenidad necesaria que te permita volver a ser objetivo y ver las cosas desde su centro. Tiempo para comunicar lo sucedido al cliente y compartir con él tu estrategia. Tiempo para que tu cliente pueda lograr un aval, por el importe de la condena, y poder, así, anunciar el recurso dentro de plazo. Por todo ello lo primero que debes saber es que, al **solicitar la aclaración de la sentencia**, o de cualquier resolución judicial, se **suspende los plazos para recurrir**.

### Ventajas e inconvenientes de la aclaración de sentencia:

Entre las **principales ventajas** de la aclaración de sentencia, como ya te he dicho es que **suspende los plazos para recurrir**.

- Es un trámite rápido y sencillo
- Te permite aclarar dudas y omisiones de la sentencia, sin necesidad de interponer un recurso.

•La aclaración no tiene naturaleza de recurso, sino de acción declarativa, que completará lo omitido en la resolución judicial aclarada.

-No tiene prevista la imposición de costas, en el derecho español.

**Inconvenientes:** Puedes retrasar el asunto.

Puedes complicar un posible recurso contra la sentencia.

Suele tener un plazo muy corto (de dos días para la aclaración de errores materiales, (214 Lec), o de cinco días para solicitar la adición de aquellas cuestiones que, siendo objeto de las pretensiones de las partes, se han omitido en la resolución que se aclare. (215 Lec.).

### SUSPENSIÓN DE LOS PLAZOS PARA RECURRIR.

El **Art. 267** de la ley Orgánica del Poder Judicial en su nº 9 dice:

“Los plazos para los recursos que procedan contra la resolución de que se trate se interrumpirán desde que se solicite su aclaración, rectificación, subsanación o complemento y, en todo caso, **comenzarán a computarse** desde el día siguiente a la notificación del auto o decreto que reconociera o negase la omisión del pronunciamiento y acordase o denegara remediarla”.





Esto sucede, no solo en nuestro ordenamiento jurídico, sino también, en casi todas las legislaciones del derecho comparado. **La razón de ser de esta paralización** de los plazos procesales para recurrir es que, desde que se pide y hasta que se aclare, o no, la resolución, esta puede sufrir cambios o modificaciones y, por ello, la resolución que se pretende aclarar, no está completa. No alcanza la condición de resolución definitiva, si se trata de sentencias u otra resolución que resuelven, en último término, sobre las pretensiones de las partes, hasta que el órgano judicial que la dictó, decida si procede o no su aclaración. Durante este lapso de tiempo, digamos que la sentencia no se ha terminado de redactar, por lo que los plazos para su posible impugnación no comienzan a contarse.

En este sentido puede verse [\\*Aclaración de Resoluciones Judiciales \(Clarification and correction of judgments Juan Morales Godo Pontificia Universidad Católica de Perú\)](#). Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Vol. 5(1), 2014 (ISSN 2072-7976) [47]. O también El Art- 359 del código federal

de procedimientos penales de México. "La aclaración propuesta interrumpe el término señalado para la apelación".

#### Tipos de aclaración de sentencia y plazos para pedirlos:

##### Aclaración de errores materiales:

el artículo 214 de la ley procesal civil española (LEC) establece un plazo de **2 DÍAS HÁBILES** para solicitarla, desde la notificación de la resolución. Indicando que los errores materiales, manifiestos y aritméticos, podrán rectificarse en cualquier momento.

**La adición de extremos solicitados** en la demanda o reconvención y no resueltos por la sentencia.

El art. 215 de la ley procesal española (LEC), y el 267 n° 5 de la Ley orgánica del poder judicial (LOPJ), establecen diversos supuestos en los que cabe plantear este trámite para remediar:

**1.** Las omisiones o adición de cuestiones precisas para llevar a efecto estas resoluciones **2 días**, sin traslado a la otra parte.

**2.** La omisión de algún pronunciamiento debidamente planteado y sustanciado en el proceso. En este caso se puede solicitar la petición dentro de los 5 días desde la notificación, previo traslado de alegaciones a las demás partes.

**3.** Del mismo modo procederán los secretarios (hoy letrados de la administración de justicia,) para aclarar decretos o Diligencias de ordenación.

Mediante esta posibilidad, se permite que el tribunal pueda remediar incongruencias omisivas de sus resoluciones, sin necesidad de recurrirlas, pudiendo entrar a resolver el juez o tribunal, aquellas cuestiones que, habiéndose alegado en su momento por las partes, no se hubieran resuelto en la resolución del juez o tribunal.

#### Los límites de la aclaración:

El mismo art. 215 lec, y 267 n° 5 Lopj, establecen como límite de esta adición a la sentencia, la rectificación de

cuestiones que afecten al fondo del asunto o cambien el sentido de lo ya resuelto, pero, si pueden adicionarse cuestiones omitidas y planteadas oportunamente por las partes, como, por ejemplo, la condena en costas, la condena a determinado tipo de interés (como los del art. 20 de la Ley de contrato de seguro del 20%, para las compañías aseguradoras) etc.

Sobre la rectificación de errores materiales manifiestos, nuestro Tribunal Constitucional, ha considerado como tales aquellos errores cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica o nuevas y distintas apreciaciones de la prueba, ni supone resolver cuestiones discutibles u opinables, por evidenciarse el error directamente al deducirse, con toda certeza, del propio texto de la resolución judicial, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones (SSTC 231/1991, de 10 diciembre, FJ 4 -EDJ 1991/11700-; 142/1992, de 13 octubre -EDJ 1992/9923-).



\*En caso de que el link no funcione, copia y pega ese texto en google para encontrar el documento en PDF

**RECUERDA:**

- Cualquier trámite procesal está sujeto a la buena fe.
- No pretendas cambiar el fallo de la sentencia mediante la aclaración.
- En ocasiones, la aclaración puede perjudicarte un motivo de recurso, por ejemplo, en penal, la no imposición de las costas de la acusación particular, debe razonarse, si no se razona y lo pretendes por vía del 215 le das la oportunidad al Juez de instancia de subsanarlo y después ya no podrás recurrir por este motivo.
- La aclaración interrumpe los plazos para recurrir, **pero no interrumpe los plazos para cumplir lo acordado en la resolución**. P.Ej. Un Decreto requiere por dos días a la parte, para que aporte, en su tasación de costas, minuta más detallada. El letrado pide aclaración, pero no aporta su minuta detallada, se le puede tener por precluido el plazo y perjudicar su derecho en la tasación de costas.

**RECURSOS:**

Contra la resolución que decida aclarar o no, una sentencia u otra resolución judicial, **no cabe recurso alguno**.

Ahora bien, los recursos que procedan **serán los que, en su caso, se puedan plantear contra la resolución aclarada, impugnándose igualmente** por esta vía, como parte integrante de la misma, la aclaración; es decir, se podrá recurrir, si procede, la resolución en su conjunto que ahora constará de dos partes, la sentencia o resolución primeramente dictada y también, la resolución aclaratoria, como adición a la misma, **decida aclarar o no, la primitiva resolución**.

De hecho, cuando proceda aportar copia testimoniado de la resolución recurrida, como por ejemplo en algunos recursos de casación, deberás pedir al tribunal que te expida testimonio de ambas resoluciones, la primera y también de su aclaración.

[Aquí te dejo el enlace del blog](#) donde puedes encontrar, **al final del artículo**, las plantillas de los **escritos solicitud de aclaración**, tanto para la rectificación de errores, como para la adición de cuestiones planteadas y omitidas. En ambos casos, mediante otrosí, se recuerda al tribunal que, según la ley orgánica, la solicitud de aclaración o completación, suspende los plazos para recurrir.

# DE LAS POLÍTICAS DE PROTECCIÓN AL MENOR AL DEBILITAMIENTO DE LA PATRIA POTESTAD



DRA. PILAR MARÍA ESTELLÉS PERALTA.  
Directora Departamento Derecho Privado.  
Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir"

En los últimos años se ha avanzado mucho en las políticas de protección a los menores que ante situaciones de grave riesgo o de desamparo que requerían la intervención administrativa para proteger la vida, la salud y la integridad de los menores, sin embargo en algunos casos, aquellas medidas legislativas han debilitado las funciones encomendadas a los representantes legales del menor, generando nuevas situaciones de conflicto parental que demandan intervenciones judiciales y administrativas para poder ser solucionadas. Esta excesiva administrativización y judicialización

del actual Derecho de familia, ha dado lugar al debilitamiento de las relaciones familiares no sólo entre cónyuges sino las directamente relacionadas con el ejercicio de la patria potestad. Me refiero a aquellas situaciones, en que habiendo acuerdo entre los titulares de la patria potestad, quien genera la discrepancia es el hijo menor, normalmente adolescente o preadolescente a quien los nuevos vientos legislativos colocan en el vértice de la pirámide familiar y cuyos deseos hay que garantizar y hacer prevalecer incluso frente al criterio sereno, sosegado, cargado de razones y de común acuerdo de los padres.

Desde hace un tiempo, el ejercicio de las funciones, deberes y facultades que conforman la patria potestad, no resulta fácil para los titulares de la misma. El recorte de las funciones parentales lleva implantándose desde hace unos años: Ya la ley 11/1981, de 13 de mayo, eliminó del artículo 154 CC in fine, la facultad de castigar a los hijos manteniendo tan sólo la facultad de corregir y añadiendo al texto un nuevo límite a la misma: dicha facultad ya no sólo debería ser moderada sino también razonable.

Posteriormente, mediante la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, tras los requerimientos del Comité de Derechos del Niño, se suprime del art. 154 CC la frase "podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos" dejando únicamente vigente que "los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad".

Habiéndose excluido del precepto la potestad de corregir a los hijos sólo cabe el recurso a la autoridad cuando la situación escapa del control parental y, en consecuencia, el contenido de la patria potestad se desvirtúa, al menos en uno de sus principales contenidos, cual es el de educar a los hijos y procurarles una formación integral. Difícil tarea la de educar y formar a los hijos sin medios de corrección razonables, teniendo en cuenta la escasa inclinación natural a la obediencia voluntaria por parte de los hijos. De momento, el art. 155 CC, mantiene la obligación de obediencia de los hijos hacia los padres, pese a que el art. 9 ter. 1. de la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor ya no menciona entre los deberes de los hijos, la obligación de obedecer a los padres, limitando sus obligaciones a un deber de respeto y colaboración doméstica y debilitando nuevamente la ya fina capa de autoridad parental.



En consecuencia, en los casos de hijos conflictivos y problemáticos, con reiterado mal comportamiento, intoxicaciones por consumo de drogas o alcohol, por absentismo escolar, problemas de exposición en las redes sociales, tecnoadicciones y falta de límites, que provocan graves situaciones de crisis familiares entre padres y adolescentes, los padres han quedado privados legalmente de utilizar medios de corrección adecuados. ¿Deberán entonces recabar el auxilio de la autoridad?

Así las cosas, estos comportamientos de agresividad e inadaptación provocan el aumento el número de caso de menores que ingresan en los centros de protección, a petición de sus propias familias, debido a graves dificultades de los padres para ejercer la responsabilidad parental (art. 172 bis CC). Pero no siempre es así. En la mayoría de los casos los padres no quieren confiar a la Administración la guarda de estos menores, pese a sus conductas disruptivas.



Por ello, resulta compleja la actuación parental cuando el hijo hipotéticamente maduro a los 12 años -reconocimiento legal de suficiencia madurativa que desatiende que cada niño tiene un nivel de desarrollo físico y emocional no siempre coincidente con su edad cronológica- se alinea con la peligrosa dieta cetogénica o decide hacerse piloto de motos, o practicar puenting, o se detectan problemas de exposición en las redes sociales, obsesión youtuber... u otras tecnoadicciones, se hace piercings, tatuajes, etc. Sólo en el caso de que esta elección vaya en contra del interés del menor se dará opción de los padres para intervenir, dadas sus funciones de cuidado y asistencia y sólo si la intervención no afecta al desarrollo personal y a la autodeterminación del hijo.

No obstante, si el responsable parental piensa que no debe intervenir por lo antedicho, podría llegar a incurrir en descuido o trato negligente hacia el menor y en tal caso, frente a los actos de omisión de las personas que deban ser garantes de la protección del menor, se permite a los poderes públicos adoptar las medidas necesarias para proteger la integridad física y psíquica de los menores (ex art. 172 CC y el art. 9 de Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de Derechos y garantías de la infancia y la adolescencia de la Generalitat Valenciana); Asimismo, cuando existan indicios de peligro o riesgo inminente y grave para la integridad física o psíquica de menor o adolescente, se adoptarán las medidas inmediatas de protección que las circunstancias requieran (art. 42 Ley 26/2018, de 21 de diciembre).

Teniendo en cuenta que desde 2107, la OMS comienza a considerar los casos de menores “enganchados” a redes sociales y youtubers, etc. como adicciones, en estos supuestos o en aquellos en que los menores presentan altos índices de



absentismo escolar, consumo alcohol, etc., se entiende que los menores se encuentran en situaciones de riesgo lo que justificaría la intervención de la administración pública competente. Se trata de casos en que el menor resulta perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos pero sin alcanzar los requisitos de la situación de desamparo. Por tanto los representantes legales deberían actuar.

Téngase en cuenta que la Ley 26/2015, de 28 de julio, modificó la Ley de Protección Jurídica del Menor, y estableció en su art. 17, la intervención de la administración pública competente en situaciones de riesgo para el menor y que la apreciación, la intervención y la ejecución de medidas ante situaciones de riesgo, es una competencia municipal.

A este respecto, conviene llamar la atención sobre lo siguiente: constituyen causas de desamparo (ex art. 18.2.c) LPJM) no sólo los malos tratos físicos graves o abusos sexuales, etc..., algo evidente para el sentido común, sino también cuando exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas (las Tics, el poker on line en adolescentes) por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores; y se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas.

En estos supuestos de desamparo, la gravedad de los hechos aconseja la separación del menor del núcleo familiar causante de tal situación, basándose en el inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. Las consecuencias jurídicas de la declaración de desamparo son muy graves: La Administración asume por Ministerio de la Ley la guarda del menor, la cual se realizará mediante acogimiento residencial o acogimiento familiar. En la Comunidad Valenciana, la competencia es de la Generalitat, a través de la Consellería de Igualdad y Políticas Inclusivas. Sin embargo, cabe plantearse si este acogimiento residencial del menor,

lejos de garantizar la mejora en la atención y cuidados al menor y la eliminación de las conductas nocivas y adictivas, puede, pese a las buenas intenciones del legislador, conducir a un agravamiento de la situación que se pretendía paliar.

Cómo exigir de los padres la correcta realización de sus deberes de asistencia moral y material a los hijos si previamente se les ha privado de los instrumentos necesarios y adecuados para el mismo. La solicitud de asesoramiento para paliar estas graves conductas en que incurren los menores no es sino un remedio que llega tarde y que podía haber sido evitado si se hubiera mantenida la facultad de los padres de corregir moderada y razonablemente a los hijos. El legislador, en un ejercicio de sobrevaloración del interés del menor, no ha tenido en cuenta, en mi opinión, que los padres en general, actúan buscando el bien de sus hijos.

En consecuencia, se ha producido una paulatina privación de las potestades de los padres mediante leyes diversas, con la consiguiente fractura de la cada vez más débil y fina capa de autoridad parental, lo que dificulta el ejercicio de esta misma responsabilidad parental en muchos casos, fruto quizás, de un cierto exceso legislativo al recortar las facultades parentales y que no garantiza que las medidas adoptadas constituyan la mejor manera de proteger precisamente, lo que aparentemente se pretende, el interés prevalente del menor.



# LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE TESTAR Y LA INJUSTA ASIGNACIÓN LEGITIMARIA AL CÓNYUGE VIUDO EN EL SIGLO XXI: PROPUESTA DE SOLUCIONES PRÁCTICAS.



JOSÉ M<sup>a</sup> CARRAU CARBONELL,  
NOTARIO DE VALL DE UXÓ.

**1.** El Derecho consiste en dotar de soluciones legales a problemas que demuestra la realidad; de modo que, ante una necesidad práctica, el ordenamiento jurídico debe proporcionar una solución normativa.

En el ámbito sucesorio, y más concretamente en el testamentario, está muy extendida la falsa creencia social de las personas casadas consistente en que han otorgado el denominado “testamento del uno para el otro” o, como se le conoce en nuestra región, el “testament del ú per al atre”.

Un gran número de personas casadas responden así a la frecuente pregunta de si tienen o no otorgado testamento, señalando totalmente convencidas que cuando fallezcan, todos sus bienes pasarán a su viudo o viuda, y posteriormente a sus hijos.

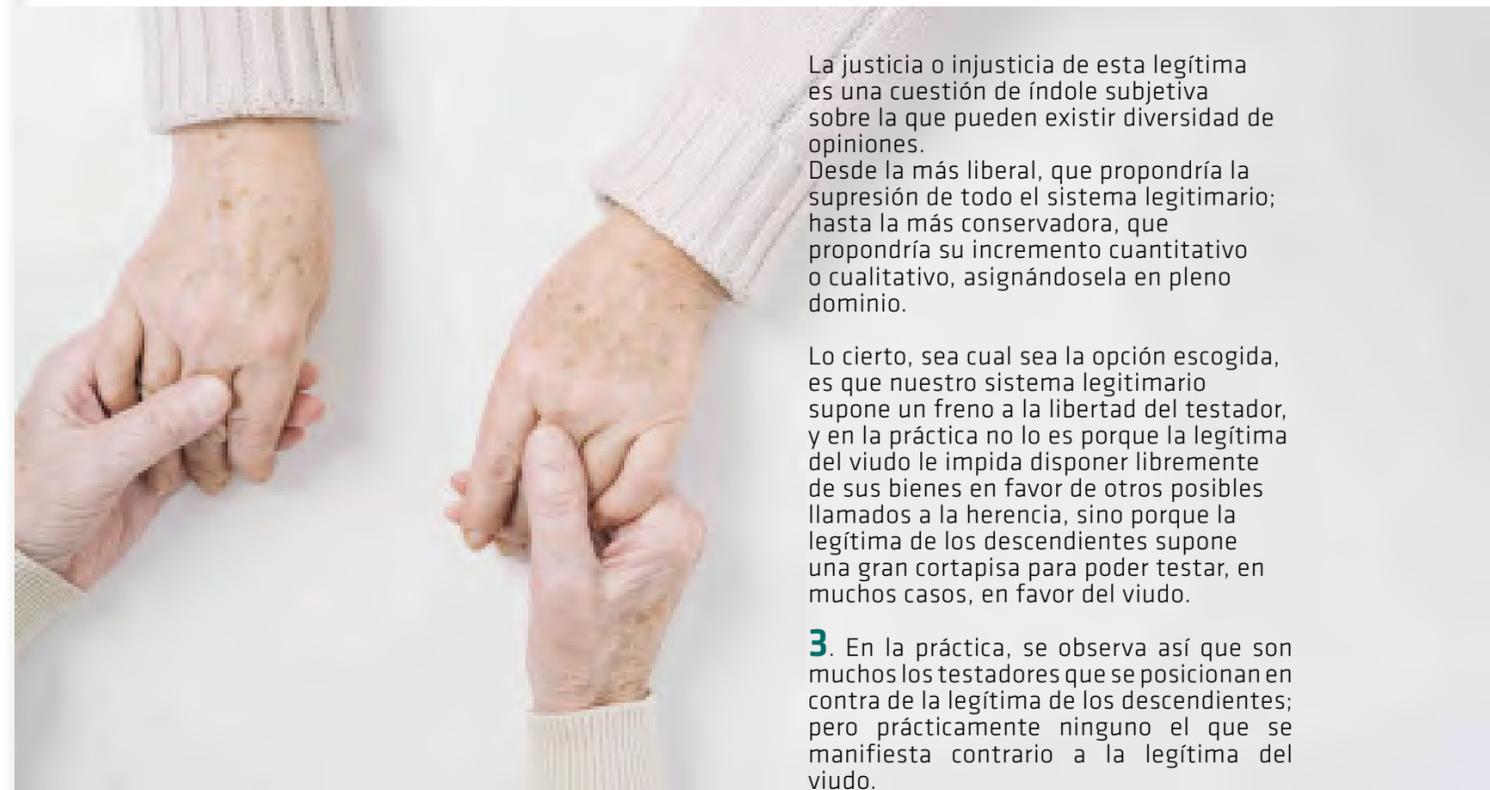
La realidad es bien diferente: estas personas, que son la gran mayoría de los casados con hijos, tienen un testamento con

la denominada “cautela socini”, que consiste básicamente, como veremos, en dejar al viudo el usufructo universal de los bienes, instituyendo herederos a los hijos por partes iguales.

**2.** Como sabemos, en nuestro ordenamiento jurídico existe la llamada sucesión forzosa o legitimaria, que obliga a reservar una determinada porción del caudal hereditario en favor de determinados herederos forzosos.

Dicha porción del caudal hereditario es indisponible, de modo que su destino está prefijado legalmente, sin otra excepción que la posibilidad de desheredación, que no es tema de este trabajo.

Centrándonos en el cónyuge viudo, su legítima viene determinada en los artículos 834 y siguientes del Código Civil. Se caracteriza porque consiste en un derecho de usufructo sobre determinada porción del caudal hereditario, que varía según si el causante tuvo descendientes (1/3); no los tuvo, pero sí ascendientes (1/2); o no tuvo descendientes ni ascendientes (2/3).



La justicia o injusticia de esta legítima es una cuestión de índole subjetiva sobre la que pueden existir diversidad de opiniones. Desde la más liberal, que propondría la supresión de todo el sistema legitimario; hasta la más conservadora, que propondría su incremento cuantitativo o cualitativo, asignándosela en pleno dominio.

Lo cierto, sea cual sea la opción escogida, es que nuestro sistema legitimario supone un freno a la libertad del testador, y en la práctica no lo es porque la legítima del viudo le impida disponer libremente de sus bienes en favor de otros posibles llamados a la herencia, sino porque la legítima de los descendientes supone una gran cortapisa para poder testar, en muchos casos, en favor del viudo.

**3.** En la práctica, se observa así que son muchos los testadores que se posicionan en contra de la legítima de los descendientes; pero prácticamente ninguno el que se manifiesta contrario a la legítima del viudo.

Llama así la atención el diferente trato que el legislador dispensa al cónyuge, asignándole una legítima en usufructo, frente a los descendientes y ascendientes, cuya legítima es en pleno dominio; si bien es cierto que mientras la legítima del viudo coexiste con la de los demás herederos forzosos, no así la de los ascendientes, que sólo existe a falta de descendientes, como se observa en el artículo 807 del Código Civil.

También es una característica especial que el Código permita en el artículo 839 a los herederos la conmutación de dicho usufructo, sustituyéndolo a su libre elección por un capital, una renta, o los productos de determinados bienes.

**En mi opinión, la creencia que comentaba al principio, el “testament del ú per al atre”, no es sino la expresión de un anhelo: la generalizada voluntad de los testadores de que la plena propiedad de su patrimonio transite al viudo, y ya posteriormente a los hijos.**

Evidentemente, en tanto subsista el sistema legitimario de nuestro Código Civil, no cabrá nunca una absoluta libertad testamentaria para el testador con herederos forzosos; puesto que no podrá en ningún caso instituir heredero a su cónyuge y ordenar una sustitución fideicomisaria de residuo en favor de sus hijos, que es lo que la mayor parte de los testadores desearían.



Por ello, mientras que no se produzca una reforma de nuestro ordenamiento civil en sede de sucesión forzosa, deberemos conformarnos con optar por alguna de las soluciones prácticas que, respetando la legítima de los descendientes, permitan favorecer la posición del cónyuge viudo.

**Entre ellas, merecen destacarse dos: una tradicional y otra novedosa.**

**4.** La solución tradicional al problema testamentario es la del testamento con “cautela socini”.

Este testamento es el que otorgan las personas casadas con hijos en la práctica totalidad de los casos.

Consiste en legar al cónyuge viudo el usufructo universal de la herencia e instituir herederos a los hijos por partes iguales. Evidentemente, el legado al viudo del usufructo universal de la herencia supone un gravamen de la legítima de los descendientes que, a priori, estaría prohibido por el artículo 813 del Código Civil. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia admiten esta cláusula en base al artículo 820, párrafo tercero, que señala que “si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador”.

De este modo, se permite dicho gravamen sobre la legítima de los descendientes

porque a la vez se aumenta la cuantía de la atribución a éstos, y se les permite optar por recibir en su lugar su legítima estricta sin ningún tipo de gravamen.

La redacción de la cláusula testamentaria quedaría así: “Legar a su citado cónyuge el usufructo universal y vitalicio de su herencia.

Ruega a sus herederos forzosos que acepten esta disposición, de manera que, si alguno no la aceptare, quedará reducida su porción a su legítima estricta, acreciendo su parte en los tercios de mejora y libre disposición a los que sí estuvieren conformes, sobre cuyas porciones hereditarias recaerá el usufructo legado. Y si todos se opusieran, legar a su cónyuge el tercio de libre disposición en pleno dominio, además de su cuota viudal usufructuaria.

**En los casos anteriores, faculta a su esposa para que, por si sola tome posesión de lo legado; quedando asimismo en relación con el usufructo, dispensada de la obligación de hacer inventario o de prestar fianza.**

Faculta a su cónyuge para que, en lugar del legado de usufructo universal, opte por adjudicarse como legado el pleno dominio del tercio de libre disposición, además de su cuota legal usufructuaria.

Los anteriores derechos se le atribuyen al cónyuge en la medida en que lo es; por lo que quedarán sin efecto si al fallecimiento del testador estuviesen divorciados o legalmente separados.”

**Ante este clausulado, caben dos posibles escenarios al fallecimiento del testador:**

– Que los descendientes y el viudo tengan una buena relación. En tal caso, los descendientes respetarán el deseo del testador de atribuir al viudo el usufructo universal, que éste se adjudicará sobre todos los bienes de la herencia, o bien conmutará por el pleno dominio de los bienes muebles o inmuebles que acuerden.

– Que los descendientes y el viudo no tengan una buena relación. En tal caso, los descendientes que reclamen su legítima sin gravamen alguno la percibirán, pero verán reducida su atribución a la legítima estricta que les corresponda. El viudo percibirá el usufructo del resto de la herencia o, como mínimo, el pleno dominio del tercio de libre disposición además del usufructo del tercio de mejora.

**5.** Otra posible solución, mucho menos frecuente en la práctica, consiste en otorgar un testamento integrado por legados particulares de cada uno de los bienes de la herencia, ordenándolos a su vez por tercios, de modo que se asegure que el viudo va a poder disfrutar de todos y cada uno de dichos bienes, porque la porción que se le lega de cada uno de ellos es conforme al sistema legitimario de nuestro Derecho.

**Se trataría de un testamento que comprendería una cláusula para cada uno de los bienes inmuebles de la herencia y otra para el metálico, en las que, respecto de cada bien, se legaría al viudo una tercera parte en pleno dominio imputándola al tercio de libre disposición, y el usufructo de otra tercera parte imputándolo al tercio de mejora; dejando la nuda propiedad de dicha tercera parte y el pleno dominio de la tercera parte restante a los herederos.**

Esta opción supone ordenar testamentariamente la constitución de condominios sobre todos y cada uno de los bienes que integran el caudal hereditario y tiene utilidad para los casos en que sea conocida de antemano la mala o inexistente relación entre el viudo y los descendientes.

Sería una solución apropiada para casos extremos en tal sentido, puesto que en teoría respeta íntegramente la legítima de los descendientes, pero en la práctica crea una potencial situación litigiosa para cada uno de dichos bienes, ya que el viudo

previsiblemente legará posteriormente sus porciones a personas diferentes de dichos descendientes del testador, con lo que al fallecer el viudo existirán una pluralidad de condominios, con todos los problemas que éstos generan en la práctica. Esto, en caso de que los previsibles herederos del viudo no coincidan con los del testador, puede solucionarse con una sustitución fideicomisaria de residuo sobre los legados de las porciones imputadas al tercio de libre disposición.

La solución del testamento por legados supone, por tanto, una posibilidad para los casos extremos, en los que es patente la animadversión de los descendientes del testador hacia el viudo, y en los que el testador pretende dotar de protección al viudo ante una más que probable situación litigiosa.

**6.** En conclusión, de lo expuesto puede colegirse que lo esencial no es la justicia o injusticia de la asignación legitimaria del viudo, que puede tacharse de suficiente o insuficiente por su cuantía, o de oportuna o no por su contenido; sino que la realidad práctica demuestra que lo verdaderamente trascendente es la limitación que para las disposiciones testamentarias en favor del cónyuge viudo supone la existencia de las normas de sucesión forzosa en favor de los descendientes.

Iniciaba esta ponencia diciendo aquello de que “El Derecho consiste en dotar de soluciones legales a problemas que demuestra la realidad”.

Es patente la necesidad de reformar el Derecho sucesorio en materia de sucesión legitimaria, y esta es una necesidad que viene siendo reclamada, por la sociedad; e ignorada, por el legislador, desde hace demasiados años.



## CICLO DE FAMILIA 2019

Los pasados 14 y 15 Noviembre, con una buena acogida y participación por parte de los miembros de la Sección, se celebró en las dependencias del ICAV, el Ciclo de Familia 2019



La calidad de los ponentes fue excepcional, y cada uno en su materia, ofreció soluciones tanto teóricas, como prácticas. Tras cada conferencia, los asistentes tuvieron la posibilidad de efectuar cuantas cuestiones tuvieron por conveniente, a fin de ver resueltos problemas de sus propios despachos, lo que aumentó la experiencia común y generó un clima de cordialidad, especialmente agradecido por los asistentes.

Los ponentes fueron:

**D. Javier Máximo Juárez González.** Notario de Valencia, que impartió la conferencia "Repercusiones fiscales en el derecho de familia".

**D. José Ramón de Verda y Beamonte.** Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, que impartió la conferencia "Responsabilidad extracontractual por daños morales en el ámbito del derecho de familia"

**D. Antonio Ripoll Soler.** Notario de Alicante, que impartió la conferencia "Aproximación al Régimen de la herencia internacional tras el Reglamento Europeo de Sucesiones 650/2012: problemas prácticos"

**D. Ángel Luis Rebolledo Varela.** Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela, que impartió la conferencia "La vivienda familiar en la liquidación de los distintos regímenes económico matrimoniales", y

**Da. Dolores Hernández Rueda.** Magistrada de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, que impartió la conferencia "Consecuencias penales frente incumplimiento medidas personales"

La valoración del Ciclo, derivada de las encuestas pasadas, no ha bajado del 4.80 sobre 5. Muchísimas gracias a todos por vuestro interés y participación.



Programación de desayunos en diciembre. Organizados por la Sección de Derecho de Familia y Sucesiones del ICAV



**El interés del menor: relaciones con abuelos y allegados**

Viernes, **13 de diciembre** de 2019  
9:30 a 10.45 horas  
Aula 2ab ICAV (2o piso)

**PONENTE**  
D. Manuel Gómez Valenzuela.  
Abogado en ejercicio de Cádiz

Viernes, **20 de diciembre** de 2019  
9:30 a 10.45 horas

Aula 1A ICAV (1er. piso)

**PONENTE**  
Da. Nuria Amo Castelló.  
Abogada en ejercicio especialista en Derecho de Familia. Profesora del título Experto en Familia.



**La guarda y custodia de los menores lactantes**

**INSCRIPCIÓN**  
www.icav.es en el apartado de formación Oferta Formativa.

**IMPORTE DE AMBOS DESAYUNOS**  
15 €: Colegiados y Asociados del ICAV y alumnado del Máster de la abogacía de la UV, CEU-UCH y UCV.  
20 €: Otros profesionales.

***ARCOS DE LAS SALINAS,  
LA MAGIA DE SU CIELO  
ESTRELLADO***





1

### Ermitas

A lo largo del municipio se observan arcos con sus correspondientes portales, todo ello de la época, que hoy día se han restaurado. El municipio se encuentra en un proceso de recuperación de patrimonio arquitectónico; como ejemplos, la Iglesia de la Inmaculada, el batán y la antigua casa consistorial.

Diversas ermitas se reparten por el término municipal: San Juanico, Virgen de los Dolores, Santa Quiteria, San Cristóbal y San Blas, San Roque, San Salvador.

En este municipio, situado en el borde de la preciosa comarca de Gúdar-Javalambre, se encuentra uno de los mejores lugares del mundo para la observación del espacio. Una zona a más de 1.000 metros de altitud, sin contaminación lumínica, con un clima principalmente seco, con pocas nieblas ni lluvias, y con cielos limpios y despejados. Así es Arcos de las Salinas.



2

El pueblo cuenta con un verano templado y agradable y el invierno es seco y no excesivamente riguroso gracias a la serranía que lo rodea. El entorno de Arcos, ricamente definido por el agua, posee una extensa red de caminos forestales con abundantes fuentes, muchas de ellas medicinales.

Al contemplar la villa despunta la torre de la iglesia de la Inmaculada, del siglo XVIII de estilo barroco, declarada monumento artístico nacional. Los portales de la Catarra, de Teruel y el Portillo, que custodian el recinto urbano. Las Salinas (siglo XVIII) es una fuente de agua salada, la cual se extraía por una noria, a fin de conservarse en estanques en invierno evaporándose en verano.



3



4

### Galáctica

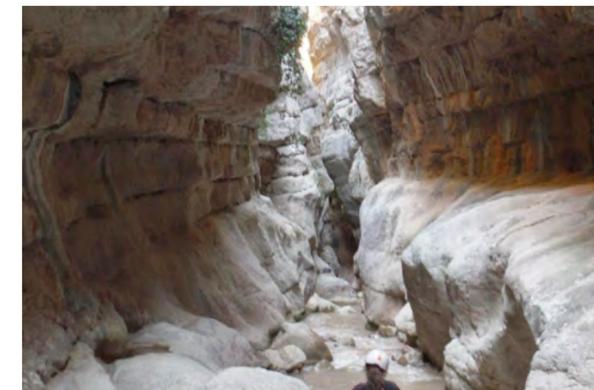
En 2013, se construyó en el pico del Buitre, que alcanza los 1.900 metros en plena sierra de Javalambre, el Observatorio Astrofísico de Javalambre. Junto a él, para los visitantes, se ha creado un centro de difusión y práctica de la astronomía, llamado Galáctica..



5

El municipio cuenta con uno de los tesoros botánicos más importantes de Europa en su especie. La Sabina Albar, situada en la aldea de "Las Dueñas", con casi 7 metros de perímetro de tronco y 12 metros de altura.

En el municipio nace el río Arcos. Tenía siete molinos de agua, pero hoy no todos se conservan. En Arcos de la Salina la actividad principal es la ganadería, también la agricultura y una piscifactoría de truchas y salmónes que se sitúa a los pies de la Sierra de Javalambre. La "Asociación Cultural la Sabina" de reciente creación se encarga de dinamizar este bonito municipio. Este lugar algo increíble.



6

# FAMILIA y SUCESIONES ICAV

▷ Sigue la jurisprudencia de familia actualizada a través de este enlace:  
<http://www.icav.es/comunidad#/muro/2>

¿Te gustaría colaborar con un artículo?

¿Tienes sugerencias, ideas, opiniones para aportar?

¡Nos encantaría escucharte, por favor haz click aquí y mándanos tu mensaje!



o escribe directamente a [ptrelis@icav.es](mailto:ptrelis@icav.es)

## Imágenes:

Imágenes de Freepik

[Foto de Personas creado por freepik - www.freepik.es](https://www.freepik.es/fotos-vectores-gratis/personas)

Imagen 1 y 2: <http://trotasendesbenicalap.blogspot.com/2012/07/arcos-de-las-salinas-ruta-fluvial.html>

Imagen 4: [https://www.cefca.es/galactica\\_es/general](https://www.cefca.es/galactica_es/general)

Imagen 3 y 5: <https://www.google.com/url?sa=i&url=https%3A%2F%2Fwww.foro-ciudad.com%2Fteruel%2Farcos-de-las-salinas%2Ffotos%2F2547-pueblo-nevado.html&psig=AOvVaw29c2ek499oZLV48LSxZmyF&ust=1575114930088000&source=images&ecd=vfe&ved=0CA0QjhqxqFwoTCLDam8Suj-YCFQAAAAAdAAAAABAD>

Imagen 6: <https://www.circuitogudarjavalambre.com/carreras/subida-vertical-arcos-de-las-salinas/>