

**Tesis Doctoral**  
**La ruptura de la promesa de**  
**matrimonio**

**Encarnación Abad Arenas**

**Licenciada en Derecho**

**Departamento de Derecho Civil**

**Facultad de Derecho**

**Universidad Nacional de Educación a Distancia**

**2014**

**Departamento de Derecho Civil**  
**Facultad de Derecho**  
**Universidad Nacional de Educación a Distancia**

# **La ruptura de la promesa de matrimonio**

**Encarnación Abad Arenas**  
**Licenciada en Derecho**

**Directora: Prof. Dra. Dña. Fernanda Moretón Sanz**  
**Codirectora: Prof. Dra. Dña. Virginia Zambrano**

## AGRADECIMIENTOS

Este trabajo ha sido fruto de muchos factores, del apoyo de varias instituciones y de muchas personas. Así en primer lugar, he de hacer constar mi más sincero agradecimiento a la **Biblioteca del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia**, y a las personas que en aquellos momentos se encargaban de su archivo, por la asistencia prestada y la paciencia demostrada. Gracias Manu, gracias Yeni. También, a la **Biblioteca Central de la UNED** de Madrid y a su **Servicio de Reprografía**.

Asimismo, debo hacer constan mi más grato agradecimiento a Patricia López, Profesora del Departamento de Derecho civil, por su apoyo y por sus buenos consejos que en aquellos días y por mis circunstancias personales me brindó, por su calidad humana digna de mención y que a mí personalmente me demostró. Gracias Patricia.

También le doy las gracias tanto por el trabajo y esfuerzo que realizó para que la inscripción de mi Tesis se efectuase con la mayor prontitud, como por la recopilación de la documentación que, con posterioridad, sería necesaria a efectos de una Beca Predoctoral que solicite y, me sería otorgada. También gracias al personal encargado de Vicerrectorado, por las molestias originadas, que sé fueron muchas y la paciencia demostrada.

No puedo omitir una mención expresa al Profesor Carlos Villagrasa, compañero y amigo por sus innumerables consejos y buen hacer, y con quien en los inicios de esta Tesis realice el Máster de Derecho de Familia de la Universidad Barcelona y que tanto me aportó para el desarrollo de esta investigación. Director también del **Centro Asociado de Santa Coloma de Gramanet de Barcelona** donde impartí mis primeras tutorías como profesora-tutora de la UNED y a quien tanto le debo. Gracias Carlos.

También aprovecho estas líneas para dar mi más sincero agradecimiento al **Centro Asociado de les Corts de Barcelona** donde a partir de este curso seré profesora-tutora de la asignatura de Civil I del Grado de Derecho. Gracias anticipadas a sus estudiantes y a su dirección.. Así como a Juan Carlos Peralta y a Teresa San Segundo, profesores y compañeros del Departamento de Derecho civil de la UNED de Madrid, por la ayuda y confianza prestada.

Sin duda y durante la última etapa de elaboración de la Tesis he de hacer constar los extraordinarios fondos de la **Biblioteca de la Universidad de Salerno** (Università degli Studi di Giurisprudenza), donde fui acogida por la Profesora Virginia Zambrano pudiendo acceder a los repertorios bibliográficos, y jurisprudenciales italianos, también gracias a su maestro el Profesor Pasquale Stanzione.

Por supuesto mi más sincero agradecimiento a la **UNED y al Departamento de Derecho civil** donde me inicie como Becaria y continuó como Personal de Investigación en Formación y quienes de forma incondicional me han brindado su amistad y apoyo durante todos estos años. De forma expresa debo mencionar al Profesor Carlos Lasarte Álvarez, Director de este Departamento, por su grata acogida y por el apoyo que me ha prestado.

También a **mis compañeras del equipo docente**, Fátima Yañez y Verónica del Carpio y, muy especialmente a M.<sup>a</sup> Fernanda Moretón que además de compañera y amiga es mi directora de la Tesis y discípula del Profesor Carlos Lasarte Álvarez, por sus buenos consejos, por la paciencia demostrada y, por su ayuda incondicional.

De forma expresa también he de agradecer la complicidad y la confianza en mi depositada por las Profesoras M.<sup>a</sup> Paz Pous de la Flor y Fátima Yañez, respectivamente, coordinadora y ex secretaria del Master de Acceso a la Abogacía, con quienes he colaborado y colaboro en calidad de

TAR, ya que sin su apoyo no habría podido ser. También, a las Profesoras Lourdes Tejedor y Rosa Adela Leonseguí por su cariño y afecto.

Gracias también a quienes me han ayudado en la gestión y trámite de la tesis, a Juana Ruiz Secretaria docente del Departamento; a Paz y a Isabel.

También a Araceli Donado y a Carmen Núñez, con quienes he pasado tantos ratos buenos y menos buenos, por sus consejos, su paciencia y su amistad y, como no a mi queridísima amiga Marcia Facciolari.

Gracias a las Profesoras M.<sup>a</sup> Fernanda Moretón Sanz y Virginia Zambrano, directora y codirectora de esta Tesis, por su esfuerzo, su cariño, su ayuda y su apoyo en todos y cada uno de los distintos momentos por los que hemos pasado. Gracias Fernanda por haberme permitido trabajar a tu lado durante todos estos años y aprender de ti. Gracias Virginia por tu grata acogida en Salerno, por tu compañía y tu sincera amistad.

A mis padres Encarna y Guillermo, a mi esposo José y a mi hijo Guillermo, por su paciencia, por su esfuerzo, por su espera y, por su buen talante durante todo este tiempo y, en especial, durante mis estancias en Italia.

En particular, a mi hija Joe a quien le doy las gracias de corazón, de forma muy especial y sincera por la ayuda incondicional que me ha prestado sobretodo en esta última etapa, por su paciencia, sus buenos consejos y su valioso tiempo ayudándome con el archivo de autoría. Y como no, a mis niñas Daniel.la, Hestia y Hera, por la compañía y cariño que me han demostrado.

Asimismo, quiero agradecer la asistencia a todos los asistentes por su compañía, por su tiempo y por su paciencia, y al Tribunal por su tiempo y sus valiosísimas aportaciones que a buen seguro me harán y a las que hoy me someto y que a buen recaudo tendré, pues no caerán en saco roto.

Gracias a todos y todas.

En Madrid, a 1 de septiembre de 2013



## ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	I
ÍNDICE.....	V
ABREVIATURAS.....	XIV
INTRODUCCIÓN.....	XXIV
PRIMERA PARTE/ ANTECEDENTES .....	1
<b>CAPÍTULO PRIMERO: LA REGULACIÓN DE LOS ESPONSALES EN EL DERECHO ROMANO .....</b>	<b>3</b>
<b>I. LOS ESPONSALES EN EL DERECHO ROMANO .....</b>	<b>3</b>
<b>II. LA EVOLUCIÓN DE LOS ESPONSALES A TRAVÉS DE LAS DIFERENTES ETAPAS .....</b>	<b>5</b>
1. ÉPOCA PRECLÁSICA: LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE LOS ESPONSALES .....	6
2. ÉPOCA CLÁSICA.....	23
A. El «nudus consensus».....	23
B. Consecuencias de la inexistencia de forma .....	26
C. El requisito de la edad .....	29
D. El consentimiento del «paterfamilias».....	33
E. Limitación a la libertad de oposición de la hija de familias a la voluntad paterna: Ulpiano o Justiniano .....	38
F. La nulidad de la previsión de una pena para el supuesto de incumplimiento unilateral injustificado de los esponsales.....	40
G. Efectos de los esponsales en la etapa clásica .....	44
3. ÉPOCA POST-CLÁSICA .....	61
A. Las donaciones entre los prometidos .....	62
B. El compromiso arral.....	70
a) <i>Consideraciones preliminares</i> .....	71

b) <i>El origen del término «arrhae sponsaliciae»</i> .....	73
c) <i>Las diferentes expresiones atribuidas a las arras sponsalicias en las constituciones imperiales</i> .....	76
d) <i>La Constitución [C. Th. 3, 5, 11] de Graciano, Valentiniano y Teodosio del año 380 d. C.</i> .....	80
e) <i>La Constitución [C. I. 5, 1, 5] de León y Antemio del año 472 d. C.</i> .....	92
f) <i>Los cambios introducidos por Leone</i> .....	96
g) <i>El Derecho Justiniano</i> .....	102
h) <i>La regulación de las arrhae sponsaliciae en el Derecho Justiniano</i> .....	104
i) <i>Los efectos de los esponsales en el Derecho Postclásico-Justiniano</i> .....	106
<b>SEGUNDA PARTE/ LA PROMESA DE MATRIMONIO EN ESPAÑA</b> .....	109
<b>CAPÍTULO SEGUNDO: LA EVOLUCIÓN DE LOS ESPONSALES DESDE EL DERECHO JUZGO HASTA LA NOVÍSIMA RECOMPILACIÓN</b> .....	111
<b>I. EL FUERO JUZGO O <i>LIBER JUDICUM</i></b> .....	111
<b>II. EL DERECHO LOCAL: DE LOS FUEROS MUNICIPALES A LOS FUEROS TERRITORIALES</b> .....	115
1. <b>LOS FUEROS MUNICIPALES CASTELLANO-LEONESES: EL REPUDIO DE LA DESPOSADA POR EL ESPOSO</b> .....	116
2. <b>EL SUPUESTO DE INCUMPLIMIENTO DE LA PROMESA DE MATRIMONIO POR FALLECIMIENTO DE UNA DE LAS PARTES</b> .....	118
<b>III. EL FUERO VIEJO DE CASTILLA</b> .....	120
<b>IV. EL FUERO REAL</b> .....	122
<b>V. LA REGULACIÓN DE LOS ESPONSALES EN LAS PARTIDAS Y SU POSTERIOR REGULACIÓN EN LA NOVÍSIMA RECOMPILACIÓN</b> .....	125
1. <b>LOS REQUISITOS DE VALIDEZ DE LOS ESPONSALES: EDAD Y FORMA</b> .....	132
2. <b>LOS EFECTOS DE LOS ESPONSALES</b> .....	141
3. <b>CAUSAS DE DISOLUCIÓN DE LOS ESPONSALES</b> .....	148



4. LA PERMANENCIA DE LAS DONACIONES ESPONSALICIAS: LA LEY 52 DE TORO Y SU POSTERIOR REGULACIÓN EN LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN .....	151
<b>VI. LA INFLUENCIA DE LA PRAGMÁTICA DE CARLOS IV DE 1803 EN LA LEGISLACIÓN CANÓNICA</b> .....	<b>154</b>
<b>VII. ELS USATGES DE BARCELONA I ELS FURS VALENCIANS</b> .....	<b>160</b>
1. LES ESPOSALLES EN ELS USATGES DE BARCELONA I EN ELS FURS DE VALÈNCIA .....	160
2. LA DESHERETAMENT EN ELS FURS DE VALÈNCIA .....	161
3. ELS FURS DE VALÈNCIA: LA CLANDESTINIDAD DE LOS ESPONSALES .....	162
<b>CAPÍTULO TERCERO: LA CODIFICACIÓN: LOS ESPONSALES DESDE LA CODIFICACIÓN HASTA EL CÓDIGO CIVIL DE 1882</b> .....	<b>165</b>
<b>I. LA CODIFICACIÓN</b> .....	<b>165</b>
<b>II. EL PROYECTO DE 1836</b> .....	<b>167</b>
1. REGULACIÓN DEL CONTENIDO .....	168
A. Requisitos.....	168
B. Personas obligadas o implicadas .....	170
C. Efectos .....	174
D. Nulidad o disolución de los esponsales .....	175
<b>III. LA LEY DE BASES DEL CÓDIGO CIVIL</b> .....	<b>177</b>
<b>IV. EL PROYECTO DE 1851: LA SUPRESIÓN DE LOS ESPONSALES</b> .....	<b>178</b>
<b>V. EL PROYECTO DE LEY DEL LIBRO PRIMERO DEL CÓDIGO CIVIL DE 1869</b> .....	<b>180</b>
<b>VI. LA LEY PROVISIONAL DE MATRIMONIO CIVIL DE 1870</b> .....	<b>181</b>
<b>VII. DEL PROYECTO DE LIBROS I Y II DEL CÓDIGO CIVIL DE 1882</b> .....	<b>184</b>
<b>CAPÍTULO CUARTO: DE LOS ESPONSALES A LA PROMESA DE MATRIMONIO: ANTECEDENTES, MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y SISTEMA VIGENTE</b> .....	<b>187</b>
<b>I. EL CÓDIGO CIVIL DE 1889</b> .....	<b>187</b>
<b>II. LA REFORMA PRACTICADA POR LEY 30/1981, DE 7 DE JULIO: LA DEFINITIVA REDACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 42 Y 43</b> .....	<b>188</b>
1. EL ITER PARLAMENTARIO DE LA LEY 30/1981, DE 7 DE JULIO: ANÁLISIS DEL PROCESO DE ELABORACIÓN DEL ARTÍCULO 42 .....	189

A. Informe de la Ponencia .....	190
B. Dictamen de la Comisión y su aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados .....	191
C. Enmiendas presentadas por los portavoces de los grupos parlamentarios	192
D. Texto remitido por el Congreso de los Diputados a la Cámara del Senado	193
E. Aprobación definitiva del Texto del Proyecto de Ley por el Congreso de los Diputados .....	195
F. Consideraciones finales.....	195
<b>III. LA DEFINITIVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 43.....</b>	<b>196</b>
<b>IV. LA PROMESA DE MATRIMONIO: ORDENACIÓN SISTEMÁTICA Y NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA REFORMA PRACTICADA POR LEY 30/1981, DE 7 DE JULIO .....</b>	<b>198</b>
<b>V. VALOR JURÍDICO DE LA PROMESA DE MATRIMONIO .....</b>	<b>203</b>
1. EL VALOR JURÍDICO DE LA PROMESA DE MATRIMONIO TRAS LA REFORMA PRACTICADA POR LEY 30/1981, DE 7 DE JULIO .....	205
2. VALORACIÓN DE LA PROMESA DE MATRIMONIO COMO NEGOCIO NULO: PRINCIPIO DE LIBERTAD MATRIMONIAL .....	209
<b>VI. NATURALEZA DE LA PROMESA DE MATRIMONIO .....</b>	<b>220</b>
1. TESIS CONTRACTUAL .....	221
2. NEGOCIO DE LA VIDA PRIVADA .....	227
3. RELACIÓN PRECONTRACTUAL.....	229
4. OBLIGACIÓN NATURAL .....	231
5. ACTO JURÍDICO .....	233
6. HECHO JURÍDICO COMPLEJO .....	235
<b>VII. RECIPROCIDAD O UNILATERALIDAD DE LA PROMESA DE MATRIMONIO.....</b>	<b>237</b>
<b>VIII. CARACTERÍSTICAS.....</b>	<b>241</b>
1. CAPACIDAD.....	241
2. CERTEZA DE LA PROMESA.....	249

3. AUSENCIA DE LA CAUSA.....	256
4. LIBERTAD DE FORMA .....	265
<b>IX. ESTIPULACIONES EN EL SUPUESTO DE NO CELEBRACIÓN DE NUPCIAS: LA FALTA DE CUMPLIMIENTO .....</b>	<b>268</b>
<b>X. CUESTIONES PROCESALES: LA PRECEPTIVA INADMISIÓN DE LA DEMANDA Y SUS CONSECUENCIAS SEGÚN LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 42 DEL CÓDIGO CIVIL .....</b>	<b>276</b>
<b>CAPÍTULO QUINTO: EL INCUMPLIMIENTO Y SUS CONSECUENCIAS .....</b>	<b>281</b>
<b>I. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE REEMBOLSO.....</b>	<b>281</b>
1. CONCRECIÓN DEL «QUANTUM» REEMBOLSABLE .....	287
A. Gastos y obligaciones susceptibles de reembolso .....	292
B. Gastos y obligaciones excluidas del ámbito del reembolso: Especial alusión a la revocación de las donaciones por razón de matrimonio .....	301
2. LA EXCLUSIÓN DEL LUCRO CESANTE: OTRAS VÍAS PARA SU REPARACIÓN .....	307
3. LOS DAÑOS MORALES DERIVADOS DE LA RUPTURA SIN CAUSA DE LA PROMESA DE MATRIMONIO .....	316
4. OTROS DAÑOS CRONOLOGÍCAMENTE COINCIDENTES CON LA RUPTURA DE LA PROMESA CIERTA DE MATRIMONIO: SU INDEMNIZACIÓN POR MEDIO DEL ARTÍCULO 1.902 DEL CÓDIGO CIVIL.....	319
<b>II. EL RESARCIMIENTO DE DAÑOS: FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN RESARCITORIA .....</b>	<b>325</b>
<b>III. EXTINCIÓN DE LA PROMESA DE MATRIMONIO: CAUSAS .....</b>	<b>332</b>
<b>IV. CUESTIONES PROCESALES EN MATERIA DE PROMESA DE MATRIMONIO .....</b>	<b>334</b>
1. LEGITIMACIÓN PASIVA Y ACTIVA .....	334
2. PLAZO DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN.....	342
3. CONCRECIÓN DEL «DIES A QUO» .....	345
4. LA CARGA DE LA PRUEBA .....	347
<b>TERCERA PARTE/LA PROMESA DE MATRIMONIO EN ITALIA.....</b>	<b>349</b>
<b>CAPÍTULO SEXTO: LA REGULACIÓN DE LA PROMESA DE MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO .....</b>	<b>351</b>

<b>I. LA PROMESA DE MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO.....</b>	<b>351</b>
1. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y COMPARADA: EN PARTICULAR EL CARÁCTER NO VINCULANTE DE LA PROMESA DE MATRIMONIO.....	354
A. Breve referencia al Derecho Romano .....	355
B. Breve referencia al Derecho Canónico: Alusión al Derecho Canónico actual .....	359
C. Breve referencia a la moderna codificación .....	363
2. LA PROMESA DE MATRIMONIO Y EL PRINCIPIO DE LIBERTAD MATRIMONIAL: ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 79 DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO.....	373
A. Repercusión en el Derecho Internacional Privado .....	378
B. Problemas aplicativos del Artículo 79 del Código civil .....	379
3. LA FORMALIDAD DE LA PROMESA DE MATRIMONIO: EN PARTICULAR. SU IDENTIFICACIÓN CON EL COMPROMISO FORMAL .....	383
A. La forma de la Promesa de matrimonio .....	385
B. La libertad de consentimiento.....	387
<b>II. LA RESTITUCIÓN DE LAS DONACIONES.....</b>	<b>387</b>
1. LA NATURALEZA DE LAS DONACIONES REALIZADAS A CAUSA DE LA PROMESA DE MATRIMONIO .....	387
A. Distinción entre regalos prenupciales y donaciones obnupciales .....	389
B. Distinción entre regalos prenupciales y regalos de uso.....	394
C. La función residual del artículo 80 del Código civil italiano .....	401
D. La relevancia del elemento causal .....	403
2. LA OBLIGACIÓN DE LA RESTITUCIÓN DE LOS REGALOS: FUNDAMENTO, SUJETOS Y OBJETO	406
A. Fundamento.....	406
B. Sujetos .....	409
C. Objeto.....	412

a) <i>Las fotografías</i> .....	415
b) <i>La correspondencia</i> .....	416
c) <i>La concesión periódica de sumas de dinero entre los prometidos</i> .....	423
3. LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE LOS REGALOS.....	426
A. La naturaleza de la acción .....	426
B. El plazo de la acción.....	428
C. La carga de la prueba para la restitución.....	432
D. La renuncia a la acción de restitución.....	433
E. La acción de reembolso de los gastos.....	434
<b>III. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO</b> .....	435
1. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO: PREMISAS .....	435
2. LOS REQUISITOS DE LA PROMESA AL AMPARO DEL ARTÍCULO 81 DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO.....	436
A. La reciprocidad de la promesa .....	437
B. La forma de la promesa.....	439
C. La capacidad.....	449
3. LA AUSENCIA DE JUSTA CAUSA: LA CARGA DE LA PRUEBA.....	455
4. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS.....	462
5. EL DAÑO RESARCIBLE .....	469
A. La entidad de la obligación resarcitoria .....	469
B. La indemnización de los daños morales .....	473
6. LA ACCIÓN DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO.....	483
A. La Legitimación de la acción.....	483
B. El plazo de la acción .....	488
7. LA SEDUCCIÓN CON PROMESA DE MATRIMONIO.....	492

<b>CONCLUSIONES</b> .....	503
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	541
<b>ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS ESPAÑOLAS</b> .....	587
Tribunal Supremo .....	589
Audiencias Provinciales.....	589
Sentencias .....	589
<b>ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS ITALIANAS</b> .....	593
Corte di cassazione .....	595
Corti d'appello .....	596
Tribunali .....	598
Preture .....	599



## ABREVIATURAS





<b><i>AAMN:</i></b>	<i>Anales de la Academia Matritense del Notariado</i>
<b>AA. Vv.:</b>	Autores Varios
<b>ABGB:</b>	Österreich Allgemeines <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (1812)
<b>a. C:</b>	antes de Cristo
<b>ACGC:</b>	Archivo Cabildo de Gran Canaria
<b><i>AcP:</i></b>	<i>Archiv für die civilische Praxis</i>
<b><i>ADC:</i></b>	<i>Anuario de Derecho Civil</i>
<b><i>AHDE:</i></b>	<i>Anuario de Historia el Derecho español</i>
<b><i>Ann. Univ. Ferrara.:</i></b>	<i>Annali della Università di Ferrara per cura della Facoltà giuridica</i>
<b>App.:</b>	Corte d'appello
<b><i>Apud. cit.:</i></b>	<i>Citado por</i>
<b><i>ArC:</i></b>	<i>Aranzadi Civil</i>
<b><i>Arch. Giur.:</i></b>	<i>Archivio giuridico «Filippo Serafini» (Módena).</i>
<b><i>Arch. Resp. Civ.:</i></b>	<i>Archivio Responsabilità Civile</i>
<b>art./artt.</b>	artículo/artículos
<b><i>AUPA:</i></b>	<i>Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo</i>
<b><i>BGB:</i></b>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)</i>

<i>BIDR:</i>	<i>Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano &lt;Vitorio Scialoja&gt; (Milán).</i>
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
C.	Constantino
c./cc.:	colonna/colonne
C. o C. I.:	Codex Iustinianus
can./cann.:	canone/canoni
Cass. civ.:	Cassazione civile
<i>CCJC:</i>	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>
c.d.:	cosiddetto
CEE:	Conferencia Episcopal Española
Cfr.:	Confróntese
C. Th.:	Codex Theodosianus
cit.:	citado
<i>Cod. Proc. Civ.:</i>	<i>Codice di Procedura Civile</i>
coord.:	coordinado, coordinada
D.	Digesto
d. C:	después de Cristo
<i>Daunia giud.:</i>	<i>Daunia giudiziaria</i>
<i>DH:</i>	<i>Dignitatis humanae</i>

<b>dir.:</b>	director (s)
<i>Dir. Eccles.:</i>	<i>Il diritto ecclesiastica</i>
<i>Dir. Fam.:</i>	<i>Il diritto di famiglia</i>
<i>Dir. Fam. e Pers.:</i>	<i>Il diritto di famiglia e della persona</i>
<i>Dir. e giur.:</i>	<i>Diritto e Giurisprudenza</i>
<b>Ed.</b>	Editorial
<b>ed.</b>	edición
<i>Enc. dir.:</i>	<i>Enciclopedia del diritto (Milán).</i>
<i>Enc. giur.:</i>	<i>Enciclopedia giuridica</i>
<i>Fasc.</i>	<i>Fascículo</i>
<i>Fam. Dir.:</i>	<i>Famiglia e Diritto</i>
<i>Fam. Per. Succ.:</i>	<i>Famiglia, persona e successioni</i>
<i>Foro It.:</i>	<i>Il Foro Italiano</i>
<i>Foro növe prov.:</i>	<i>Foro növe provinciale</i>
<i>Foro Pad.:</i>	<i>Il Foro Padano</i>
<i>Frag. Vat.:</i>	<i>Fragmenta Vaticana.</i>
<b>G.</b>	<i>Gayo</i>
<b>GC:</b>	<i>Giustizia civile</i>

<b><i>Giur. it.:</i></b>	<i>Giurisprudenza italiana</i>
<b><i>Giur. Merito:</i></b>	<i>Giurisprudenza di Merito</i>
<b><i>Giur. Milan:</i></b>	<i>Giurisprudenza Milanese</i>
<b><i>Giur. Tor.:</i></b>	<i>Giurisprudenza Torino</i>
<b><i>Giur. Tosc.:</i></b>	<i>Giurisprudenza Toscana</i>
<b><i>GM:</i></b>	<i>Giustizia</i>
<b><i>IVRA:</i></b>	<i>Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico (Nápoles).</i>
<b><i>Labeo:</i></b>	<i>Labeo. Rassegna di diritto romano (Nápoles).</i>
<b><i>La Ley:</i></b>	<i>La Ley, Revista Jurídica Española</i>
<b>LEC:</b>	Ley de Enjuiciamiento Civil
<b><i>Monit. Trib.:</i></b>	<i>Il Monitore dei Tribunali</i>
<b>n./nn.</b>	número/números
<b><i>ND:</i></b>	<i>Nuovo Diritto</i>
<b><i>NGCC:</i></b>	<i>La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata</i>
<b><i>NJ:</i></b>	<i>Noticias Jurídicas</i>
<b><i>NNDI:</i></b>	<i>Novissimo Digesto Italiano (Turin).</i>
<b>Nt.:</b>	Nota

<i>Nuovo dir.:</i>	Il nuovo diritto
<i>Op. cit.:</i>	citado
p./pp.	página/páginas
Pret.:	Pretura
<i>Prev. soc.:</i>	<i>Previsión social</i>
<i>Rass. Dir. Civ.:</i>	<i>La Rassegna di Diritto Civile</i>
<i>RCDI:</i>	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>
<i>RChD:</i>	<i>Revista Chilena el Derecho</i>
R. D:	Real Decreto
<i>RDPriv:</i>	<i>Revista de Derecho Privado</i>
<i>Rep. FL:</i>	<i>Repertorio Foro italiano</i>
<i>Rep. Giur. it.:</i>	<i>Repertorio Giurisprudenza italiana</i>
<i>Rep. Giust. civ.:</i>	<i>Repertorio Giustizia civile</i>
<i>Resp. Civ. e Prev.:</i>	<i>Responsabilità civile e previdenza</i>
<i>RGLJ:</i>	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i>
<i>RIDA:</i>	<i>Revue internationale des droits de l'Antiquité (Bruselas).</i>
<i>Riv. dir. civ.:</i>	<i>Rivista di diritto civile</i>

<b><i>Riv. dir. matr.:</i></b>	<i>Rivista di diritto matrimoniale</i>
<b><i>Riv. trim. dir. proc. civ.:</i></b>	<i>Rivista Trimestrale di Diritto Processuale civile</i>
<b>R. O:</b>	Real Orden
<b>s./ss.</b>	siguiente/siguientes
<b>SAP:</b>	Sentencia de la Audiencia Provincial
<b><i>SDHI:</i></b>	<i>Studia et documenta historiae et iuris (Roma).</i>
<b>Secc.:</b>	Sección
<b>sent.:</b>	sentencia
<b>S. M.:</b>	Su Majestad
<b>SSAAPP:</b>	Sentencias de las Audiencias Provinciales
<b>SSTS:</b>	Sentencias del Tribunal Supremo
<b>STS:</b>	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>T.:</b>	Tomo
<b><i>Temí:</i></b>	<i>Temí Emiliana (Parma)</i>
<b><i>Temí genov.:</i></b>	<i>Temí genovese</i>
<b>Temí nap.:</b>	<i>Temí napolitana</i>
<b>Temí rom.:</b>	<i>Temí romana</i>
<b>Trad.:</b>	Traductor/traducción

<b>Trib.:</b>	Tribunal
<b>TS:</b>	Tribunal Supremo
<b>vid.:</b>	véase
<b>Vol.:</b>	volumen
<b>§/§§:</b>	parágrafo/parágrafos





## INTRODUCCIÓN

La libertad para contraer matrimonio es un principio recogido, desde sus antecedentes, en la redacción originaria de nuestro Código civil español. En este sentido, en el texto del Código 1889, las previsiones dedicadas a la promesa futura de matrimonio se localizaban en el Libro I, Título *Del matrimonio*, sección segunda, *Disposiciones comunes a las dos formas de matrimonio*. Esta segunda sección, incluía los artículos 43 y 44, sobre los «Esponsales de futuro» y no, en puridad, el matrimonio en sí.

Por tanto, si en el tenor literal del Título IV Del matrimonio, Capítulo Primero Disposiciones generales, *Sección primera. De las formas del matrimonio*, decía en el artículo 42, que “La Ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código”, era por su parte, la *Sección segunda. Disposiciones comunes a las dos formas de matrimonio*, la que contenía el artículo 43 que declaraba: “Los esponsales de futuro no producen obligación de contraer matrimonio. Ningún Tribunal admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento”.

A renglón seguido, se disciplinaban las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento. De modo particular, el artículo 44 advertía que “Si la promesa se hubiere hecho en documento público o privado por un mayor de edad, o por un menor asistido de la persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio, o si se hubieren publicado las proclamas, el que rehusare casarse, sin justa causa, estará obligado a resarcir a la otra parte los gastos que hubiese hecho por razón del

matrimonio prometido. La acción para pedir el resarcimiento de gestión, a que se refiere el párrafo anterior, sólo podrá ejercitarse dentro de un año, contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio”.

Esta ordenación sistemática y la redacción de la figura, no fue abordada por la reforma del año 1958 dedicada, fundamentalmente al régimen del matrimonio. Con todo, las rúbricas de las secciones se retocan y los artículos 43 y 44 pasan a encabezar la sección denominada Disposiciones comunes a las dos “clases” de matrimonios.

Finalmente, sería la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, la que pondría fin a esta equívoca ubicación, y los esponsales o promesa de matrimonio se aíslan de las Disposiciones generales, con la adición de un nuevo primer capítulo intitulado «De la promesa de matrimonio».

En su virtud, el objeto de esta investigación doctoral es la promesa de matrimonio o los denominados, antiguamente, “esponsales”, recogido en la actualidad en los artículos 42 y 43, de conformidad a la redacción dada por la Ley 30/1981. De modo que conviene tener presente dicha regulación: el artículo 42 dispone que «La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración.- No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento». Y en cuanto a las consecuencias jurídicas previstas para la no ejecución de dicha promesa, son las preceptuadas en el 43: «El incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado solo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido.- Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio». Como se ha dicho, estos preceptos se encuentran ubicados en un capítulo propio «De la promesa de matrimonio», incluido en el Título IV del Libro I. En definitiva, esta nueva ordenación de 1981, evita su confusión normativa

con el matrimonio y se configura como una institución distinta, aunque, evidentemente, íntimamente relacionadas entre sí.

En cuanto a la estructura de esta investigación, diferencia el recorrido y la actual aplicabilidad de este supuesto de responsabilidad, previsto en el ordenamiento jurídico español y el italiano. Esta elección sistemática permite profundizar en la institución para, una vez analizados ambos sistemas el español y el italiano, constatar y contrastar las diferencias o similitudes entre ambas, caso de que existan. Por cuanto atañe a la selección del ordenamiento italiano de idéntica familia romano-francesa, presenta la ventaja comparatística de evidenciar los distintos rumbos técnicos seguidos por dos Códigos de idéntica raíz y diferente articulación contemporánea. Con ello también podemos contrastar el distinto recorrido institucional de la libertad matrimonial, desde sus antecedentes, así como la responsabilidad, para el caso de incumplimiento con o sin causa alegada, por quien se aparta de la promesa emitida.

En buena lógica y por lo que se refiere al estudio institucional italiano, fue una de las principales ocupaciones de la estancia de investigación que esta doctoranda tuvo la oportunidad de realizar en el país transalpino, paciente y sabiamente dirigida por la Profesora Ordinaria de la Universidad de Salerno, la Dra. Virginia Zambrano. A la oportunidad de estar becada para la estancia, junto con la propia beca de investigación para la formación del profesorado que me fue concedida por la UNED, se añadió la incuestionable fortuna de contar con el apoyo directo una Profesora dotada de una enorme capacidad de trabajo y rigor universitario que supo guiar esta sección del estudio e investigación.

De lo dicho se siguen cuáles son los motivos de la estructura, dividida en partes y, a su vez, en capítulos. La presente investigación tiene seis capítulos, distribuidos en tres partes temáticas, claramente diferenciadas entre sí. La primera se ocupa de los “Antecedentes”, y en ella se recoge el Capítulo primero referido a “La regulación de los esponsales en el Derecho Romano”.

Las cuestiones relativas a la regulación de la “Promesa de matrimonio en España”, son el objeto de la segunda parte, que a su vez recoge cuatro capítulos distintos. En particular, el primer Capítulo de esta segunda parte y segundo de la Tesis Doctoral es el titulado “La evolución de los esponsales desde el Derecho Juzgo hasta la Novísima Recopilación”; el Capítulo tercero es el referido a “La Codificación: Los Esponsales desde la Codificación hasta el Código Civil de 1882”; el Capítulo cuarto lleva por rúbrica “De los Esponsales a la Promesa de Matrimonio: Antecedentes, Modificación del Código Civil y Sistema Vigente” y, el capítulo con que concluimos esta segunda parte se ocupa de “El incumplimiento y sus consecuencias”.

Finalmente, la tercera parte sobre la regulación de la “Promesa de Matrimonio en Italia”, integra el último capítulo, el sexto intitulado, como es lógico, “La Regulación de la Promesa de Matrimonio en el Código Civil Italiano”. Sin duda, son posibles otras formas de estructurar este trabajo, pero con esta división atendíamos a los antecedentes comunes del ordenamiento italiano, al sistema español objeto fundamental de esta tesis y, por último, y antes de las conclusiones, al italiano, diferenciándolos con la deliberada intención de que el ejercicio comparatístico tuviese lugar en las conclusiones.

En cuanto al contenido de cada uno de los seis capítulos en esta introducción fijaremos alguno de sus elementos básicos en esta introducción. De este modo, la primera parte sobre los Antecedentes aborda en primer lugar **la regulación de los esponsales en el derecho romano**. Capítulo destinado al análisis de sus tres etapas claramente diferenciadas: la preclásica, donde únicamente cabían suposiciones; la clásica, momento en que desaparece la exigencia de una forma especial de los esponsales y el formalismo característico de la época anterior, así como la sanción indemnizatoria para el supuesto de incumplimiento, siendo considerada nula en el caso de su previsión y quedando este compromiso circunscrito a un simple convenio no formal que no creaba vínculo jurídico alguno, por lo que se podía romper libremente, sin más repercusiones que las de naturaleza social. Adicionalmente, en la época clásica se estableció de forma

expresa la necesidad del consentimiento de los contrayentes, resultando suficiente en el caso de la hija de familia su no oposición.

Por fin, en la tercera época post-clásica, nuestra figura experimenta un brusco cambio, debido a que la libertad de incumplimiento desaparece. Los efectos jurídicos de los esponsales aumentaron, aproximándose esta institución al matrimonio, toda vez que alguna de las consecuencias que producía en los prometidos se aproximaba a los que el matrimonio generaba entre los cónyuges, aún cuando el compromiso esponsalicio no llegó a equipararse a él.

Asimismo, los rescriptos imperiales acogieron la práctica de las <arrhae sponsaliciae>, consistentes en sumas de dinero –u otros bienes- que los prometidos se intercambiaban entre ellos, como prueba y garantía de la promesa de matrimonio celebrada. Y respecto de las **donaciones consistentes en la entrega de regalos por parte del novio a la novia**, la regla general era su devolución en el supuesto de la no celebración de las nupcias, siempre que no mediase culpa del novio.

En síntesis, en esta última etapa se admite, nuevamente, la sanción patrimonial consecuente al incumplimiento de la promesa de futuro matrimonio, lo que se pone de manifiesto en lo previsto al efecto en materia de donaciones y <arrhae sponsaliciae>. Este régimen será alterado por Constantino para el supuesto de que haya mediado <ósculo interveniente>. Mientras que en la época de Justiniano se extenderán a los esponsales los impedimentos establecidos para el matrimonio y equiparan sus efectos para determinados fines patrimoniales y penales.

**En la Segunda parte**, y ya fijados los antecedentes comunes para los sistemas de la familia romano-francesa y por tanto al español e italiano, abordamos el estado de la cuestión en el sistema jurídico común. En buena lógica, hemos planteado la evolución propia de la figura en nuestro ordenamiento, incluidos sus fundamentos jurídicos básicos. Por ello, el **segundo capítulo** está dedicado a la **evolución de los esponsales desde el**

**Derecho Juzgo hasta la Novísima Recopilación.** Lo iniciamos abordando el estudio de la figura en el Fuero Juzgo, donde los esponsales fueron regulados de forma breve e incompleta. Asimismo y de forma pormenorizada, desbrozamos la repercusión que tuvo la figura en el Derecho local, desde los derechos municipales hasta los territoriales.

En este punto, destacamos dos aspectos de interés referidos, de una parte, al repudio de la desposada por el esposo en los Fueros municipales Castellano-Leoneses, donde señaladamente cobra relevancia la ausencia de previsión alguna que exija el cumplimiento de la promesa de matrimonio, pese a que indirectamente, se establecía el resarcimiento de los daños o del pago de la fianza, en su caso, por los fiadores. De otra, analizamos el supuesto del incumplimiento de la promesa de matrimonio consecuente al fallecimiento de uno de los futuros contrayentes. Esta circunstancia fue regulada por algunos fueros extensos, en los que se resuelve sin que se denote influencia del Derecho romano-visigodo, declarando la propiedad de la novia de todo lo recibido -el Fuero de Zamora- o, el Fuero de Soria que aunque adopta idéntica solución que el anterior, pueden vislumbrarse ciertas influencias romanas.

Por lo que a **la regulación de los esponsales en las Partidas y su posterior regulación en la Novísima Recopilación** se refiere, analizamos por separado los siguientes aspectos: los requisitos de validez de los esponsales -edad y forma-; los efectos de la figura; las causas de disolución y, la permanencia de las donaciones esponsalicias, en especial, aludidas en la Ley 52 de Toro y su posterior regulación en la Novísima Recopilación. Por todo ello, concluimos que los esponsales se podían suscribir a la edad de siete años y mediante procurador, si bien su validez requería del previo consentimiento o licencia del padre o de los obligados a prestarlo y por escritura pública -no originando impedimento alguno la falta de la primera-. Asimismo, los motivos de disenso no requerían obligatoriedad en su manifestación ni a los padres, ni a los demás; la falta de consentimiento a la celebración de los esponsales o del matrimonio acarrea al menor de 25 años la pena de desheredación -pero no la privación de alimentos- y, podían

disolverse por las causas expresadas en la Ley VIII, del Título I, de la Partida IV. Finalmente, nos detenemos en la influencia de la *Pragmática de Carlos IV de 1803 en la legislación Canónica*. En especial, *els Usatges de Barcelona i els Furs Valencians*, singularmente *les esposalles en els Usatges de Barcelona i en els Furs de València; la desheretament en els Furs de València* y, la clandestinidad de los esponsales en *els Furs de València*.

El **tercero de los capítulos** está destinado a la evolución de los **esponsales desde la Codificación hasta el denominado Código civil de 1882 o Anteproyecto del texto vigente**. Este capítulo se inicia con el estudio de la repercusión de la figura en el Proyecto de 1836, en especial el articulado del proyecto y las causas previstas para obtener la licencia paterna. También abordamos la Ley de Bases del Código civil -Proyecto que recogía en su Base tercera la negativa a reconocer valor jurídico a los esponsales y que se convertiría, en el artículo 47 del Proyecto de 1851-. En especial, destacamos del Código de 1851 la supresión de los esponsales, siguiendo la línea doctrinal del Código francés, donde no se reconocen los esponsales de futuro que, como ya se ha dicho, sí constaban en el Proyecto de 1836 y, en la propia legislación histórica española.

En definitiva, y a partir del Proyecto de GARCÍA GOYENA, la negación del valor jurídico de esta figura será una constante en los sucesivos proyectos. Por su parte, el Proyecto de Ley del Libro primero del Código civil de 1869, corrobora, expresamente, la ineficacia de los esponsales contenida en el Proyecto del Código civil de 1851 y, prevé que la promesa no produce obligación alguna en el fuero externo, por lo que ni puede exigirse su cumplimiento, ni pretender indemnización, ni ejecución de la cláusula penal.

En este tercer capítulo analizamos por separado la Ley Provisional de Matrimonio civil de 1870, norma que consagra esta construcción codificadora y, adicionalmente, el Proyecto de Libros I y II del Código civil de 1882, proyecto incompleto y que fue el precedente inmediato del Código civil de 24 de julio de 1889. En él y por primera vez, apareció la obligación de resarcimiento, ausente como ya se ha destacado en el Proyecto de 1851 y



descartada, a su vez y de forma expresa, por el Proyecto del Libro I del año 1869.

**El capítulo cuarto** tiene por objeto el estudio de la evolución **de los esponsales a la promesa de matrimonio: antecedentes, modificación del Código civil y sistema vigente**. Lo iniciamos con *la ordenación sistemática del Código civil español de 1889 y sus reformas sucesivas*, en primer lugar la que tuvo lugar mediante Ley 30/1981, de 7 de julio, analizamos también su *iter* parlamentario, así como el consecuente proceso de elaboración y la, hasta la fecha, vigente redacción de los artículos 42 y 43.

En este sentido, téngase en cuenta que en su redacción original, la promesa futura de matrimonio, se integraba, como ya se ha señalado al principio de esta introducción, en el *Libro I, Título Del matrimonio, sección segunda, Disposiciones comunes a las dos formas de matrimonio*. En esta segunda sección, los artículos 43 y 44, estaban dedicados a los «Esponsales de futuro» y no al matrimonio en sí, tal y como una buena técnica legislativa hubiese recomendado. Esta confusa ordenación sistemática y tenor institucional, no sería resuelta por la reforma de 1958 que se ocuparía del régimen del matrimonio, retocando las rúbricas de las secciones, con lo que los artículos 43 y 44 pasarían a encabezar la sección *Disposiciones comunes* a las dos “clases” de matrimonios.

Sería la ya mencionada Ley 30/1981, de 7 de julio -por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio- la que pondrían fin a la anterior y equívoca ubicación, de modo tal que los esponsales o promesa de matrimonio de los artículos 42 y 43, pasarían a ocupar un capítulo propio intitulado «De la promesa de matrimonio» incluido, a su vez, en el Título IV del Libro I. En definitiva, así evita su confusión con el matrimonio, configurándose como institución autónoma pese a la evidente y estrecha relación que guardan ambas entre sí.

Sin embargo, esta distinta redacción de la Ley 30/1981 no impide que las soluciones jurídicas resulten, básicamente, coincidentes con las que de

forma inmediata habían antecedido. Pese a ello, debemos tener en cuenta y destacar el auténtico valor de las novedades y soluciones técnicas de la reforma, ya que se prevé la total ausencia de efectos jurídicos de la promesa de matrimonio dada, frente a las consecuencias de carácter patrimonial derivadas de su incumplimiento.

Por tanto, la nueva redacción, frente al régimen precedente, acierta en la idónea sistemática de los preceptos dedicados a la figura, en el abandono de la terminología «esponsales de futuro» y su sustitución por el término «promesa de matrimonio», así como la tipificación de algunas aristas suavizadas previamente por doctrina y jurisprudencia.

En síntesis, las anteriores alteraciones puestas en evidencia, si bien no afectan al fondo de la institución, inadmitiéndose cualquier fuerza vinculante a la promesa de matrimonio, prevé la potencial concurrencia de una indemnización que se circunscribe a ciertos supuestos por lo que se puede configurar como un supuesto especial y limitado de responsabilidad por daños, toda vez que inadmite la compensación total de los perjuicios ocasionados.

Como decimos, vigente ya la reforma de la Ley 30/1981, de 7 de julio, persiste la negación a la promesa del carácter de fuente de obligación para contraer matrimonio. La promesa o ese compromiso de contraer matrimonio no apareja la obligación de celebrarlo, sino tan solo de indemnizar, caso de incumplimiento sin alegación de causa. En buena lógica, no está prevista acción alguna capaz de materializar la exigencia del cumplimiento del matrimonio.

Por tanto, el Código civil español en su artículo 42, niega toda trascendencia jurídica a un fenómeno de la vida social, ratificada dicha negativa, en su párrafo segundo, mediante la tajante prohibición de admisión «a trámite» de la demanda que pretenda su cumplimiento. En definitiva, recoge la vieja tradición codificada que no calificaba a la promesa de matrimonio como negocio jurídico y, en el ámbito sustantivo, reafirma

dicha tesis, al negar efectos jurídicos en idéntica correspondiente con el procesal, ya que veta la pretensión judicial de hacerla cumplir. De modo que la promesa de matrimonio aunque queda fuera del ámbito del Derecho -sin que en absoluto implique o suponga la prohibición de su celebración-, se mantiene como acto humano de la vida social. En todo caso, cuestión distinta es que, quienes así lo deseen, podrán suscribir dicha promesa ampliándose, por cierto, gracias al derecho a contraer matrimonio la esfera de posibles sujetos titulares de esa facultad parcial para ser resarcido por los gastos en que haya podido incurrir por dicha pretensión.

En justa consecuencia, la ineficacia de la pretensión del cumplimiento de la promesa, no implica valoración jurídica alguna respecto de quien promete contraer nupcias. A la promesa no se le imputa juicio negativo o positivo, puesto que no se rechaza ni su contenido ni su finalidad. Antes bien, el ordenamiento jurídico asume su existencia social, pero la mantiene ajena a lo jurídico, por lo que se trata de una institución cuya esencia es extrajurídica. Esencia extrajurídica, empero, que requiere del análisis de los presupuestos configuradores de la obligación de indemnizar.

Por su parte, la mejor doctrina entiende que esta negación de efectos jurídicos, hace referencia a cualquier tipo de promesa -unilateral o, recíproca-, cualesquiera que sea su forma, lo que permite diferenciar entre la promesa del artículo 42, de la que es aludida en el precepto inmediatamente posterior. Es decir, el artículo 42 menciona cualquier tipo de promesa de matrimonio, mientras que la del 43, alude a la que se da en presencia de determinadas circunstancias que acarrear la obligación de indemnizar ciertos gastos.

En definitiva, a la promesa de matrimonio no le será de aplicación la calificación de contrato o negocio jurídico, debido tanto a la repetida irrelevancia jurídica que presenta la figura, como al hecho de no generar obligación alguna respecto de la celebración del matrimonio. Se trata de un acto jurídico: hecho humano producido por una voluntad consciente y generalizada en la vida social, pero ajeno al campo de los negocios jurídicos,

si bien podrá originar obligación de indemnizar, de conformidad a lo previsto en el artículo 43 del Cc.

Otra cuestión de interés, es si la promesa de matrimonio puede ser o no constitutiva de **negocio nulo**. Cuestión que debe ser respondida – posiblemente- de forma negativa, a la vista de la opción legislativa del Derecho respecto de la promesa, ya que ni su contenido ni su finalidad son rechazados por éste. En este sentido, si el artículo 42 del Cc considera a la promesa como un acto ineficaz jurídicamente, por su parte, el 43 la reconoce como institución socialmente vigente y a la que no se pretende excluir de la práctica, por lo que el 42 se encarga de valorar la promesa, excluyéndola del ámbito de los negocios jurídicos, pero sin oponerse a su existencia (BADOSA COLL). De modo que si se determina su apreciación por el Derecho, comporta la inaplicabilidad de lo previsto en el artículo 6. 3 del Cc, por lo que su régimen ni es el de la nulidad, ni concurre contradicción normativa alguna.

En particular, parte de la doctrina ha destacado que el Derecho no prohíbe la celebración del matrimonio, sino que únicamente se limita a negar fuerza vinculante al acuerdo establecido para llevar a efecto el matrimonio (DELGADO ECHEVERRÍA). En este sentido, y al tratarse de un ámbito como es el del Derecho de familia en el que la posibilidad de vinculación entre las partes se concreta a los negocios predispuestos por el legislador, lógico es pensar que los no acogidos, como sería el caso de la promesa de matrimonio, son simplemente irrelevantes para el Derecho. Con todo, esta irrelevancia, sustentada en la inexigibilidad de su cumplimiento, no comporta la expulsión o eliminación institucional, debido a la valía social que la figura ostenta como fenómeno social. En resumen, la promesa de matrimonio no ha de enfocarse como acto vulnerador de una prohibición legal, sino de negocio irrelevante para el Derecho -pero lícito-.

En cuanto a la cobertura jurídica que el Código dispensa a quien no desee contraer matrimonio pese a haberlo prometido, responde coherentemente al **principio de libertad de matrimonio**. Principio reconocido

en el artículo 45 del Cc y entroncado con el artículo 32. 1 de nuestra Constitución.

Gracias al principio, el legislador español impide el uso de mecanismos judiciales coactivos para emitir consentimiento matrimonial, debido a que el incumplimiento de dicha promesa de matrimonio no admite su cumplimiento forzoso (SERRANO ALONSO Y OTROS), al excluir la libertad.

Por otra parte, la libertad de matrimonio se protege con la ineficacia del negocio de esponsales -sin llegar a la nulidad de la que no habla el artículo 42 del Cc-. Esto se justifica en el reconocimiento que hace el artículo 43 de su vigencia social (BADOSA COLL). Reconocimiento que indudablemente impide su calificación de negocio prohibido.

En síntesis, la redacción del artículo 42 del Cc concretada en que no hay obligación de cumplir lo que se hubiese estipulado para el supuesto de la no celebración del matrimonio proyectado, se justifica en que el consentimiento al matrimonio es incoercible y ha de ser fruto de la libérrima voluntad de los contrayentes. Principio éste que atiende a la exigencia ética que el matrimonio comporta, y a la prohibición de vincularse contractualmente a la adquisición o pérdida del Estado civil, al tratarse de una cuestión de orden público, sustraído de la autonomía de la voluntad.

En definitiva, este principio de libertad de celebración del matrimonio es un principio de orden público interno e internacional que limita la autonomía de los particulares, en tanto éstos no podrán establecer ninguna forma de coacción -directa o indirecta al matrimonio-, lo que a su vez apareja la nulidad de toda pena convencional.

Por cuanto atañe a la **calificación y fundamento de la obligación resarcitoria**, en la actualidad, la adaptación pretendida de integrar la promesa de matrimonio en alguna de las categorías tradicionales existentes, ha dado origen a numerosas controversias doctrinales en torno a la naturaleza jurídica que debe presentar la figura. Esto ha permitido considerarla -aunque con grandes salvedades- como una mera relación de

puro hecho, como un contrato de Derecho familiar, e incluso como una institución de naturaleza mixta [...].

En este sentido, la más clásica corriente doctrinal era partidaria de la teoría del contrato, al sostener que la promesa de matrimonio encerraba un propio vínculo de naturaleza contractual. Esta teoría sumamente criticada – al igual que en el caso italiano- es difícilmente sostenible, dada la imposibilidad de calificar como negocio un acto que no produce el efecto de obligar a las partes a contraer matrimonio, puesto que el artículo 42 del Cc establece de forma expresa que la promesa no obliga a los prometidos a contraer el matrimonio prometido. Esto demuestra la imposibilidad de configurar en términos contractuales la naturaleza de la figura, ya que para que así fuese no sería suficiente con la manifestación de voluntad de las partes, sino que necesariamente debería obligar, debido a la relación jurídica establecida. Obligación última que, de forma expresa, está excluida por el precepto.

No faltan autores que, al advertir las mínimas diferencias que las separan, se han inclinado por calificar la promesa como negocio jurídico preparatorio, por el que dos personas, con capacidad matrimonial, se comprometen a celebrarlo en el futuro (MARTÍN GRANIZO). Esta interpretación, compartida por la doctrina italiana de principios de siglo, considera la promesa como negocio jurídico familiar con consecuencias patrimoniales, pero del que no surgía la obligación de contraer matrimonio (RAVÀ). Argumentos también de la legislación portuguesa, como últimamente de la doctrina francesa.

DE VERDA Y BEAMONTE –con acierto- sostiene que en el caso español esta sistemática presenta un problema de coordinación entre la norma contenida en el artículo 43 y la del 42 del Cc, que sanciona la incoercibilidad de la promesa de matrimonio. Debido a que el precepto dispone que los esponsales no son vinculantes en el plano jurídico, ni obligan a contraer el matrimonio prometido, ni a cumplir lo que se hubiera estipulado para el supuesto de su no celebración, produce que no pueda tener tal

consideración, toda vez que la negativa de cumplir la promesa de matrimonio del promitente impide la perfección del negocio jurídico. Otro sector doctrinal, lo denominaba como «negocio de vida privada» o «negocio social» no jurídico que genera una obligación «ex lege» (LACRUZ BERDEJO).

Adicionalmente a las anteriores corrientes doctrinales, también está presente la que es partidaria de su naturaleza precontractual. Esta teoría sostiene que, en la medida en que el matrimonio tuviese la consideración de contrato, los esponsales se configurarían como un contrato cuya finalidad sería la celebración de un futuro contrato de carácter obligatorio. Sin embargo, se encuentra con un obstáculo difícilmente superable, toda vez que en la promesa el resarcimiento no es sustitutorio del cumplimiento específico incoercible, sino independiente de él. En suma, subsumir la figura en esta categoría no está completamente justificado, ya que de ésta no surge la obligación de celebrar el contrato.

Con todo y aunque persisten los intentos de calificación, lo cierto es que pese a la minoritaria adscripción de la promesa de matrimonio como «negocio jurídico», entre las resoluciones judiciales, resultan más consistentes aquellas Sentencias que abordan de forma directa la problemática de la promesa sin detenerse en las estériles discusiones sobre su naturaleza ya que, en definitiva, difícilmente las partes instarán dicho esfuerzo por parte del juzgador.

Aunque pudiera parecer lógico pensar que se trata de una simple obligación natural susceptible de cumplimiento voluntario, pero no de coacción por los medios legales, lo cierto es que con la noción jurisprudencial de la obligación natural, no puede ser aplicable. Téngase en cuenta que no hay responsabilidad por incumplimiento. Responsabilidad que sí tendrá lugar cuando se produzcan las situaciones contempladas por el artículo 43 del Cc (PUIG BRUTAU Y OTROS).

Por tanto, se rechaza la teoría del contrato, porque éste es fuente de obligaciones y, la promesa de matrimonio, no; la del precontrato, porque el matrimonio no es un contrato y no existe obligación de contraerlo y,

finalmente, la de la obligación natural, porque ésta es causa de obligaciones jurídicas -aunque sin responsabilidad- y la promesa no produce obligación jurídica, aunque sí es susceptible de responsabilidad, debido a que produce una obligación de resarcimiento para el supuesto de ruptura sin causa.

En ocasiones, se ha recurrido a su calificación como «acto jurídico» y, dentro de este él, como «acto jurídico en sentido estricto», en el que los efectos de la promesa se originarían «ex lege» y no «ex voluntate». Esta calificación encuentra un obstáculo difícil de superar, dada la imposible determinación de cuáles serían los efectos «ex lege» a que se hace referencia. Indeterminación que ha comportado que este *nomen iuris* no resulte del todo satisfactorio (CARRIÓN OLMOS).

Adicionalmente a las anteriores consideraciones doctrinales, surge otra partidaria de calificar la promesa de matrimonio como «elemento de un hecho jurídico complejo» (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS). Teoría que también quiebra, debido a que se agota fundamentalmente en su descripción.

En la actualidad, los numerosos intentos explicativos de la naturaleza de la promesa de matrimonio y las dificultades suscitadas para ubicar la figura en alguna de las categorías tradicionales, han originado que la doctrina esté imponiendo -de forma paulatina- la tesis que la incardina en el «ámbito de la confianza» (DÍAZ-AMBRONA Y OTROS). Calificación que aún no siendo totalmente satisfactoria, ofrece una explicación lógica de la figura.

Esta teoría es partidaria de que la promesa de matrimonio se encuentra generalizada como acto de la vida social, teniendo su naturaleza la consideración de acto jurídico -que no negocio jurídico-, por lo que se trata de un acto humano producido por una voluntad consciente y exteriorizada que genera una confianza en su ejecución, que puede originar la realización de gastos, que de no ser por aquélla no se habrían ocasionado.

En la actualidad, la discusión sobre el **carácter unilateral o recíproco de la promesa de matrimonio**, pese a su escaso sentido ya que el artículo 42 del Cc subraya su unilateralidad, carece de consenso. La doctrina se ha



planteado, de una parte, si la promesa de matrimonio debe ser necesariamente bilateral y recíproca y, de otra, si es factible su existencia en el supuesto de que fuera unilateral -siempre que sea aceptada por el otro promitente-.

Frente a dichas cuestiones, algunos autores tras analizar la incidencia que tuvo la Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre la figura, entienden que, se sigue tratando de una promesa de carácter recíproco, aunque esta reciprocidad no esté reflejada ni en la terminología ni en el régimen jurídico (BADOSA COLL).

Por el contrario, otro sector doctrinal apoyándose en que lo decisivo es la valoración que haga el Derecho de tal aceptación, excluye de forma expresa y a diferencia del común de la doctrina española anterior, que la promesa deba ser recíproca, ya que obedece al principio contractualista de la tradición de los antiguos sponsales y no a la disciplina legal.

Planteamiento que aunque presenta su lógica, ya que de considerarse la promesa recíproca sería innecesario que ambos promitentes ostentasen la capacidad suficiente para resultar el incumplidor obligado a resarcir al otro. Sin embargo, si quien ha incurrido en gastos carece de este requisito, frente a la capacidad del incumplidor, será aplicable el artículo 43 del Cc. Por tanto, ese menor estaría ante unas circunstancias lo suficientemente convincentes como para confiado en la celebración del vínculo (DELGADO ECHEVERRÍA).

En la jurisprudencia menor española, la cuestión es controvertida ya que bien puede referirse de forma expresa al carácter unilateral o al bilateral o como doble declaración de voluntad, constituyendo una recíproca y mutua promesa. De modo que intentar establecer diferencias entre «promesa unilateral» aceptada por uno de los promitentes y «promesa recíproca o mutua», carece de utilidad, máxime si se entiende que solo cuando sea recíproca, potencialmente, podrá causar los efectos previstos por el legislador en los artículos 42 y 43 del Cc, al constituir la figura estudiada.

A mayor abundamiento, la mera aceptación de la promesa supone la propia disposición a casarse, por lo que quien la acepta evidencia, a su vez,

su propósito de contraer matrimonio; de lo contrario, quien se promete no podría inspirar confianza en el mantenimiento de la palabra dada.

Por otra parte, del artículo 43 del Cc se desprende que solo podrán celebrar la promesa de matrimonio aquellas personas que tengan **capacidad para contraer nupcias** toda vez que, expresamente, se refiere a la promesa realizada por «persona mayor de edad o menor emancipado». Esta exigencia, salva las dudas -originadas con el régimen anterior- sobre menores emancipados, ya que al aludirse de forma explícita a esta cuestión y, conforme a lo fijado en el artículo 46. 1 del Cc, la pretensión del legislador ha sido que únicamente quienes ostenten capacidad para contraer matrimonio sin dispensa y, no otros, puedan quedar obligados al resarcimiento de los gastos (GARCÍA CANTERO Y OTROS).

Las anteriores afirmaciones están en sintonía con el presupuesto de seriedad o certeza de la promesa para que sea cierta, ya que cabría confiar razonablemente y, considerar «seria» la promesa emitida por quien ostente capacidad para contraer nupcias sin recabar dispensa (ASÚA GONZÁLEZ). Sin embargo, lógico habría sido poder valorar, en cada caso concreto, cuándo se estima si la confianza ha sido razonable y fundada: si ello debería pasar por la mayoría de edad o la emancipación, en el caso del promitente obligado a resarcir el daño no sería necesario. Con todo, esta exigencia parece coincidir con lo que será el incremento de la edad núbil.

No obstante, otro sector doctrinal, al que nos adscribimos, sostiene que la conexión de la exigencia prevista por el párrafo primero del artículo 43 sobre el requisito de edad para contraer matrimonio del artículo 46. 1 del Cc no parece ponerse en duda, sin que baste para cambiar la circunstancia de que también pueden contraer matrimonio los mayores de catorce años con dispensa judicial, conforme a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 48 del Cc -aunque queden fuera de la literalidad, que presenta el artículo 43- (CARRIÓN OLMOS). Lo que no significa que los menores no emancipados tengan vedada de forma absoluta la promesa (GARCÍA CANTERO); en definitiva, si los menores no emancipados mayores de catorce

años con dispensa judicial, pueden contraer matrimonio, también podrán celebrar la promesa. Dispensa que contará con la eficacia convalidante del párrafo tercero del artículo 48 del Cc; dispensa y edad al que los más autorizados sectores doctrinales se ha opuesto, estando en preparación en el momento de redactar estas líneas un anteproyecto que eleva la edad núbil de los contrayentes y, por tanto, la de los efectos del incumplimiento sin causa de la promesa emitida antes de la mayoría de edad.

Por tanto, las promesas de matrimonio realizadas por menores no emancipados serán ineficaces, debido a que el deber de resarcimiento únicamente surge si aquéllas han sido realizadas por los sujetos a los que alude de forma expresa el precepto. En particular, destaca la ausencia de mención alguna en el artículo 43 del Cc a las personas incapacitadas, ya que, en principio, las personas declaradas judicialmente incapaces pueden contraer matrimonio si en el momento de la prestación del consentimiento ostentan capacidad necesaria para otorgar, o no figura entre las prohibiciones declaradas por la sentencia. Consentimiento que no podrá ser prestado por las personas incapacitadas por sentencia judicial conforme a lo previsto en el artículo 200.

En este sentido, en los supuestos de promesa de matrimonio dada o recibida por incapacitado por anomalía o deficiencia psíquica persistente y en los demás términos del articulado del Cc y de la LEC, la otorgación y, posterior ruptura sin causa de la promesa por la parte capaz a quien presente anomalía o deficiencia psíquica, no le eximirá de su responsabilidad en los términos previstos por el artículo 43 del Cc, cuando su promesa sea «seria», es decir, si atendidas las circunstancias, pueda confiarse razonablemente en aquélla.

El vigente artículo 43 del Cc, también requiere que la promesa de matrimonio sea «cierta». Certeza que aunque ha sustituido los requisitos de forma o publicación de las proclamas del régimen anterior, ha suscitado controversias doctrinales y jurisprudenciales, respecto de dicho presupuesto.

Parte de la doctrina, apunta a la posibilidad de prueba en la promesa de matrimonio, por lo que sería «cierta» toda promesa respecto de la que fuera acreditable su existencia (DE VERDA Y BEAMONTE) quedando su apreciación sujeta a las reglas generales, conforme a la inexigibilidad de prueba singular (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS). Al operar el principio de libertad de prueba, la promesa se podrá realizar de cualquier forma - expresa o, tácita-: así, se han admitido como medios de prueba, entre otros, el certificado del cura párroco, las declaraciones de amigos de las partes que conocían las intenciones de éstos o, las obras realizadas por parientes de uno de los contrayentes en la vivienda del otro.

Otro acertado sector doctrinal y jurisprudencial, estima que la existencia de la certeza se relaciona con la seriedad misma de la promesa de matrimonio, es decir, que se trate de una auténtica promesa, manifestación de la voluntad de celebrar el futuro matrimonio con su destinatario (SANCHO REBULLIDA Y OTROS). Se reconduce al contenido de la promesa, la «certeza» de ésta.

Esta distinción entre la promesa de matrimonio en sentido técnico de otras manifestaciones que no consistiesen en la voluntad de contraer matrimonio, permite excluir las meras relaciones antematrimoniales de hecho, por duraderas que hubieran sido, toda vez que «cierta» equivale a «seria».

En suma, la promesa de matrimonio realizada por uno de los promitentes deberá suscitar en el otro la confianza razonable de que el matrimonio se llevará a cabo, por lo que consideradas las circunstancias y siendo esa confianza «razonable», habría resultado prudente incurrir en desembolsos preparatorios del futuro matrimonio proyectado (DELGADO ECHEVERRÍA).

En la actualidad, ésta es la perspectiva predominante que compartimos: la exigencia de la certeza referida a la prueba de la existencia de la promesa de matrimonio, conduce a una obviedad consistente en que en

cualquier caso será preciso probar su existencia para que se puedan llevar a cabo los limitados efectos que el legislador prevé para el supuesto de incumplimiento sin causa de la promesa (GARCÍA CANTERO Y OTROS), sin que ello sea impedimento para que la promesa no requiera de forma alguna. Por tanto que la promesa es matrimonial en cuanto a su contenido, pero en relación a sus requisitos, es meramente consensual (BADOSA COLL). El objeto es la concurrencia o no de un presupuesto de una obligación de indemnizar y no una condición de validez de la promesa de matrimonio, de hacerlo en estos términos, supondría aplicar un esquema contractualista improcedente, puesto que la promesa se mantiene en un plano extrajurídico. En definitiva, se trata de establecer, de una parte, si la promesa es o no «cierta» en el sentido de «seria» y, de otra, si es susceptible de generar una confianza razonable.

La Ley 30/1981, de 7 de julio, suprimió el requisito de que la **causa del incumplimiento** sea justa. Esta eliminación que fue inicialmente entendida por la doctrina como un propósito razonable y fundado por el legislador español, si bien con posterioridad ha sido objeto de numerosas críticas dada la dificultad que puede plantear su apreciación, ante la ambigüedad que de forma implícita comporta el término «sin causa».

Con esta innovación, se pone de relieve la doble valoración de la conducta de quien rehúsa contraer nupcias, perfectamente lícita y legítima en cuanto a libertad matrimonial, aunque se ajuste a las circunstancias que aparejan las consecuencias patrimoniales exigibles por la otra parte. Algunos autores entienden que una negativa «sin causa» es la que puede justificarse en el propio principio de la libertad de matrimonio (BADOSA COLL). Toda referencia a que sea justa, será superflua y, en definitiva, «sin causa» pretende decir que la negativa comporta una actitud irrespetuosa con las expectativas o intereses patrimoniales del otro promitente, es decir, los «gastos hechos» u «obligaciones contraídas» (REINA y MARTINELL).

Otros autores, entienden que el legislador con la sustitución de «justa causa» por «causa» ha pretendido ser respetuoso con el «principio de libertad matrimonial». Supresión que resulta innecesaria, ya que no se trata de

establecer razones para no contraer nupcias, sino de fijar un presupuesto de responsabilidad, que se debe valorar con independencia de «causa» o de «justa causa».

En síntesis, el incumplimiento de la promesa de matrimonio es totalmente legítimo, pero ello no se opone a que si se hace «sin causa», el legislador obligue al reembolso de los gastos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido realizados por la parte que confió en la celebración del futuro matrimonio proyectado. Por otra parte, si la «causa» concurre, el promitente incumplidor no tendrá que reembolsar nada a la otra parte.

Otra cuestión es qué se debe entender por «causa», en el contexto del artículo 43. La doctrina ha planteado como posible solución la de establecer una línea entre la «práctica discrecionalidad» y otras situaciones integradas en el «principio de tutela de libertad matrimonial», ya que éste es el verdadero problema de la causa del precepto. Esta solución se fundamenta en que las dificultades para precisar la «causa» siguen siendo las mismas que tras la reforma se vislumbraban en sede doctrinal. Adicionalmente surge de la necesidad de conciliar la «discrecionalidad absoluta de la negativa a contraer el matrimonio proyectado» con el «principio de tutela de la libertad matrimonial» (CARRIÓN OLMOS).

La jurisprudencia menor, aunque no de forma unánime, ha solventado la cuestión al estimar como criterio más plausible el que aprecia inexistencia de causa cuando el demandante rompe la promesa por no encontrarse preparado para asumir el estado de casado. Criterio que ha planteado si no estará presente, igualmente, una negativa directa a contraer nupcias, escollo salvado de forma afirmativa por la jurisprudencia, apoyándose que con el mantenimiento de la expresión «sin causa» se pretende que la protección de la libertad de matrimonio no lleve a la discrecionalidad en la decisión de romper la promesa contraída. De modo que niega de forma expresa que la mera discrecionalidad de parte sea equiparable a la categoría de causa exonerativa de responsabilidad en el marco del artículo 43 del Cc.

Asimismo se plantea si, dada la ausencia de culpa en cualquier supuesto en el que uno de los promitentes rompe la promesa, se genera o no el reembolso, argumentado en el empobrecimiento repercutible que contempla el precepto. En este sentido, parte de la doctrina, sostiene que la cuestión relevante es la de si alguien que prometió matrimonio libremente y, con posterioridad, decide también, voluntariamente, no formalizar el matrimonio, tiene cabida en la causa exonerativa de responsabilidad a que dicho artículo se refiere, caso de que la otra parte haya confiado en dicha promesa y, contraído gastos u obligaciones, inútiles si aquél no se celebra.

En suma, dada la lógica imposibilidad de introducir reproches culpabilísticos, la exoneración del reembolso al sujeto que así actúa, resulta cuando menos cuestionable (ASÚA GONZÁLEZ). Por otra parte, la libre decisión de no contraer nupcias sin otro fundamento que la decisión en sí, se configura como «causa» y, por tanto, es exonerativa de las consecuencias a que alude el artículo 43 y que lleva, a hacer inútil por superflua la exigencia misma de causa a la que el precepto se refiere (BADOSA COLL Y OTROS).

Asimismo, el Código civil en su versión originaria, imponía una forma determinada a la promesa de matrimonio –es decir, que se celebrase en documento público o privado, forma que podía ser suplida por otra a la que el texto legal le atribuía iguales efectos y, que se concretaba en la resultante de la publicación de las proclamas-, mientras que, en la actualidad, el artículo 43, no establece ni modalidad ni solemnidad al respecto. De modo que con este silencio sobre la forma, el legislador ha autorizado *sensu contrario* cualquier forma de celebración de la promesa, por lo que se puede realizar de forma expresa o tácita.

En definitiva, el legislador introduce en esta institución el principio de libertad de forma, lo que comporta su equiparación con la mayoría de Códigos europeos, facilita la configuración del supuesto de la obligación y, rige un criterio más abierto y simple.

Por cuanto atañe a **las estipulaciones en el supuesto de no celebración de nupcias**, dice el párrafo primero del artículo 42 del Cc: « [...] no produce

obligación [...] ni de cumplir lo que se hubiese estipulado para el supuesto de su no celebración». Innovación con la que el legislador español ha pretendido aclarar, expresamente, que tampoco hay obligación de cumplir lo estipulado para el supuesto de que no se lleve a cabo la celebración del matrimonio. Por tanto, la reforma de la Ley 30/1981, de 7 de julio, se aproxima a lo ya establecido por el artículo 3 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870.

En síntesis, esta disposición se configura como la novedad concretada en la ineficacia de los medios indirectos, con la intención de extender la ineficacia de la promesa a todo pacto que tuviese como finalidad sancionar su de falta cumplimiento. En principio, si el tratamiento de tales estipulaciones parece que es la sancionada ineficacia de la promesa de matrimonio, su auténtico régimen jurídico es el de nulidad absoluta establecida por el artículo 6. 3 del Cc. Apréciase que se pretende atribuir eficacia coactiva indirecta a los esponsales, frente a la norma imperativa del artículo 42 que establece su ineficacia directa.

De modo que la ineficacia de las estipulaciones prevista por el precepto, se debe situar en un plano distinto al de la promesa de matrimonio, ya que la ineficacia de la promesa es consecuencia del mantenimiento de ésta en un plano extrajurídico y no de un juicio negativo por parte del Derecho, mientras que la ineficacia de las estipulaciones sí es el resultado del rechazo a su finalidad o efectos, por lo que es reconducible al ámbito de la nulidad.

En suma, la no obligatoriedad de cumplimiento de la promesa de matrimonio lo que comporta es que no se admita a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento. Sin embargo y consecuencia de lo establecido en el párrafo primero del artículo 43 en relación con el párrafo segundo del artículo 42 del Cc, de una parte, se rechazarán las demandas que única y exclusivamente quieran exigir el cumplimiento del pacto o de la promesa de matrimonio y, de otra, la admisión de aquellas demandas dirigidas a obtener el resarcimiento de los gastos y obligaciones contraídas



según el párrafo primero del artículo 43. Por tanto, la única consecuencia del incumplimiento de la promesa es el ejercicio de la acción de resarcimiento de los daños originados o sufridos en virtud de la futura celebración del matrimonio proyectado.

La segunda parte la concluimos con el **quinto capítulo**, dedicado al estudio del **Incumplimiento y sus consecuencias**. Adicionalmente, se establece un régimen limitado y básico, ya que del tenor literal del precepto se deduce el propósito del legislador de limitar las consecuencias patrimoniales directas derivadas del incumplimiento y, no otras, el alcance de la obligación del reembolso. Prescinde de la culpa y erige, indudablemente, como criterio determinante para atribuir dicha obligación, la existencia o no de causa. De modo que estas consecuencias se configuran por el carácter «cerrado» y «taxativo» fijadas por el propio legislador sobre aquéllas.

La formulación de estas consecuencias, aunque es cerrada lo que imposibilita su extensión a otras, resultará obvia su extensión cuando se pretenda dar cabida a la indemnización del daño moral o se alegue el artículo 1.902 del Cc.

Por tanto, se trata de conjugar el principio de tutela de la libertad matrimonial y el de protección a la confianza suscitada en el destinatario de la promesa de matrimonio. Combinación que acarrea cierta prevalencia de uno sobre el otro y, que indudablemente, se inclina del lado del principio de la tutela de la libertad matrimonial, por lo que las limitaciones a ese principio habrán de ser mínimas. Por ello, no se puede aludir a ilicitud del promitente que se niega a dar cumplimiento de la promesa, aunque éste sea sin causa.

Tampoco ha lugar por resolución judicial alguna, a la obligación de resarcir daños y perjuicios derivados de la ruptura unilateral por el demandado sin que conste justa causa para ello; se impone, por tanto, la protección de la confianza generada en virtud de la promesa dada, conectándose aquella tutela con la noción del empobrecimiento injusto. Así,

la jurisprudencia menor, sostiene que el fundamento de esta pretensión no se encuentra en la obligación de indemnizar los daños, sino en evitar el empobrecimiento sin causa del defraudado por el incumplimiento de la promesa.

Por tanto, es una norma restrictiva que, al amparar la libertad matrimonial, limita de forma drástica la obligación de reembolso. Obligación concretada en los gastos contraídos por razón del matrimonio prometido, por lo que establece una doble restricción a la responsabilidad patrimonial. De ahí, la necesidad de que tanto «gastos hechos» cuanto «obligaciones contraídas» deban guardar una relación de causalidad directa con la promesa de matrimonio.

Para la determinación del «**quantum reembolsable**», constatamos la limitación que acabamos de mencionar, al atribuir el artículo 43 del Cc relevancia únicamente a las consecuencias directas derivadas del incumplimiento de la promesa de matrimonio. Por tanto, se trata de una limitación que abarcará dos conceptos: los «gastos hechos» y las «obligaciones contraídas» en consideración al matrimonio prometido (ALBALADEJO GARCÍA Y OTROS). De la cantidad resultante de la suma de ambas partidas habrá de eliminarse –siempre que exista- el equivalente a la utilidad que estos gastos y obligaciones reembolsables puedan originar al demandante en el futuro.

En resumen, la reglamentación del artículo 43 del Cc solo entrará en juego cuando existan circunstancias que sean constatables jurídicamente, es decir, que los «gastos hechos» u «obligaciones contraídas» se hayan realizado en consideración al matrimonio prometido. Por otra parte, únicamente serán reembolsables cuando, frustrado el proyecto matrimonial, devengan inútiles, por lo que si éstos fueran aprovechables o útiles al margen de dicho matrimonio, también quedarán excluidos de la obligación de reembolso.

Otra cuestión directamente relacionada con la figura en estudio, se concreta en establecer desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial

qué **gastos y obligaciones** se integran en el artículo 43 y, por tanto, son susceptibles de reembolso -que no resarcimiento-. Así, tendrán la consideración de «gastos hechos» los desembolsos ya consumados y, de «obligaciones contraídas», las deudas todavía no satisfechas, debido a que la prestación está pendiente de solventar por quien contrajo esa deuda. Por otra parte, se deberán haber realizado en consideración al matrimonio prometido, encontrando su justificación en éste, por lo que necesariamente se deberán haber realizado después de efectuada la promesa.

Estarán excluidos del ámbito reembolsable, todos aquellos gastos relacionados con una convivencia previa -cuando no hayan sido realizados en función del matrimonio- y, cuya celebración se haya prometido y, de otra, las obligaciones que se condicionaron a la existencia del matrimonio o, que se puedan resolver sin perjuicio para el promitente que las asumió.

Por lo que a las **donaciones realizadas entre los promitentes**, la correspondencia cruzada, las fotografías y, retratos intercambiables por razón de la promesa de matrimonio se refiere, conviene precisar que son cuestiones no resueltas tras la reforma de la Ley 30/1981, de 7 de julio. Esta falta de precisión por parte del legislador español, ha sido criticada por algunos autores, quienes han propuesto como posible solución la de incluir en el futuro, dentro de la sección de la promesa de matrimonio, un régimen específico sobre donaciones, regalos u obsequios cruzados entre los promitentes e, incluso, los realizados por terceros a favor de aquéllos en consideración al matrimonio proyectado (GARCÍA CANTERO Y OTROS).

Dos son las razones fundamentales que -con acierto- han motivado esta propuesta, de una parte, las numerosas sugerencias formuladas por la doctrina; de otra, y con la finalidad de equiparar esta medida a lo establecido por otros Códigos europeos, se alude a la minuciosa y detallada reglamentación de la legislación portuguesa. Legislación en la que se regula tanto la devolución de las donaciones realizadas por la promesa o expectativa del matrimonio en el caso de que éste no tenga lugar, ya sea por la discapacidad o, retirada de cualquiera de los promitentes, conforme a los términos establecidos de nulidad o anulación de la transacción, como la

devolución de las cartas y retratos, a excepción de las cosas que hayan sido consumidas con anterioridad a la discapacidad o retirada de la promesa.

Además de las anteriores, la tercera sobre la sustantividad propia que presenta este tipo de donaciones frente a las realizadas por razón de matrimonio y la necesidad de someter la acción de restitución a un plazo corto de caducidad que podría ser el mismo que prevé el vigente artículo 43 del Cc. Así como la conveniencia de indicar que la restitución debería tener lugar con independencia de que la promesa reuniera o no los requisitos previstos por el precepto y, que no debería hacer ninguna distinción en atención a la causa por la que el matrimonio no se contrae (ORTEGA PARDO).

Por cuanto a los **daños patrimoniales indirectos y los daños morales derivados de la ruptura sin causa de la promesa de matrimonio** se refiere, como se ha dicho, el artículo 43 únicamente contempla el reembolso de los «gastos hechos» y de las «obligaciones contraídas», siendo necesario que exista una relación de causalidad directa entre éstos y la promesa. Queda excluido el reembolso del lucro cesante, es decir, otros daños patrimoniales indirectos no reconducibles a las partidas mencionadas. Doctrina y jurisprudencia menor son unánimes en que el reembolso se limita al «interés negativo», es decir, a los gastos consumados en contemplación del matrimonio proyectado, con exclusión del lucro cesante.

Sin embargo, distinto es que tal conclusión sea adecuada con los denominados «criterios de justicia material», ya que desde la perspectiva de la relación de causalidad -que es la que el legislador español tiene presente al decir «en consideración»-, no se comprende por qué debe excluirse del ámbito indemnizable el lucro cesante si éste se ha dejado de percibir en consideración al matrimonio prometido. Una cosa será que la protección de la confianza deba limitarse en sede de promesa de matrimonio y, otra distinta, limitar el ámbito económico del resarcimiento cuando lo gastado o dejado de percibir responda a un mismo fundamento, es decir, la ruptura sin causa de la promesa con posterioridad (CARRIÓN OLMOS).

Por cuanto atañe a la **indemnización de los daños morales**, gran parte de la doctrina y la jurisprudencia ha sido unánime al interpretar que la acción derivada del artículo 43 no los incluye. Los términos «gastos hechos» y «obligaciones contraídas» del precepto, en principio, no autorizan otra interpretación.

Sin embargo, un sector doctrinal sostiene que aunque estos daños quedan fuera de la órbita del artículo 43, no significa su imposible reparación al amparo del artículo 1.902 del Cc, si el comportamiento pueda ser catalogado como culpable. La culpa no consiste en el incumplimiento de la promesa de matrimonio o, en la circunstancia de dar motivo al otro promitente para su incumplimiento -culpa de la que indudablemente prescinde el artículo 43-, sino en la causación entre los prometidos de daños a indemnizar conforme a las reglas generales fundadas en hechos ajenos al incumplimiento. Si se tratase de un mero engaño con finalidad lesiva, al estar fuera de la norma especial del artículo 43, dejará expedito el campo al artículo 1.902 del Cc. (ESPÍN CÁNOVAS Y OTROS).

Por lo que al **fundamento de la obligación resarcitoria** se refiere, la ubicación de la naturaleza de la promesa de matrimonio en el ámbito de la confianza, plantea en doctrina y jurisprudencia la cuestión sobre la apreciación técnica de la potencial defraudación ulterior de la confianza. En este sentido, algunos autores han tratado de explicar las consecuencias patrimoniales subsiguientes al incumplimiento sin causa de la promesa de matrimonio mediante el recurso a la «culpa in contrahendo». DE VERDA Y BEAMONTE entiende que la negativa a cumplir la promesa, impide la perfección del negocio matrimonial, por lo que provoca un daño «in contrahendo» del que debe responder ante el promisorio. De modo que la obligación resarcitoria del artículo 43 se debe explicar mediante el recurso a la «culpa in contrahendo», es decir, desde la consideración de que quien sin justa causa incumple una promesa cierta de matrimonio, defrauda la confianza que su declaración había suscitado en el destinatario. En consecuencia, el promitente responde por la legítima confianza que la

promesa ha creado sobre la inminente celebración del matrimonio y no por haberla incumplido.

Sin embargo, situar estas consecuencias en el ámbito de la defraudación de la confianza no debería llevar a calificar el supuesto de <culpa in contrahendo>, ya que, en puridad, no lo es (CARRIÓN OLMOS). Por su parte, DELGADO ECHEVERRÍA apoyándose en la relación fáctica que se produce entre prometidos, entiende que, precisamente, dicha proximidad e intimidad originada entre las partes, da lugar a una relación de confianza y a unos intereses que son más fácilmente lesionables por su conducta.

Por tanto, si uno de los promitentes incurriera en gastos que no habría realizado de no haber confiado en que el matrimonio se llevaría a cabo, y ésta es defraudada por el otro, el Derecho sí imputa a quien defraudó la confianza la obligación de indemnización los gastos, por lo que existe un elemento de ilicitud. Elemento que no reside en la negativa de celebrar el matrimonio, sino en hacer inútiles y dañosas unas expensas que el promitente realizó porque confiaba en la promesa y en que ésta no se rompería de forma arbitraria o caprichosa. CANARIS sostiene que, sin ser éste propiamente un caso de <culpa in contrahendo>, al no ser idénticos sus presupuestos, uno y otro responden al principio de responsabilidad por la confianza defraudada.

Por su parte, también, BADOSA COLL, sin hacer referencia alguna a la <culpa in contrahendo>, entiende que el reconocimiento de su valor social se centra en la confianza generable, elevada a la categoría jurídica de expectativa jurídicamente protegida. Para este autor, la ineficacia negocial de la promesa de matrimonio impide que tal protección se pueda realizar por la vía de la exigibilidad del cumplimiento de la promesa o, por la de la obligación de la indemnización de daños, debido a que ésta es una obligación secundaria que nace de la infracción de una obligación principal, inexistente por definición. En este sentido, la doctrina reciente sostiene que éste es el criterio para desplazar el gasto al legitimado pasivo de la acción. Así, las consecuencias del incumplimiento sin causa de la promesa de matrimonio,

están determinadas por la del negocio que se promete, de modo que será la tutela de la libertad de matrimonio la que eliminará toda sospecha de ilicitud del incumplimiento de la promesa. Por lo que si no hay ilicitud en el incumplimiento, sus consecuencias serán las que acompañan a actos o comportamientos respecto de los que no cabe aplicarles reproche alguno y no, por el contrario, las patrimoniales subsiguientes a un comportamiento ilícito (CARRIÓN OLMOS).

En síntesis, el fundamento de la obligación resarcitoria del artículo 43 del Cc se debe situar en el empobrecimiento injusto, definido como el que es repercutible en persona diferente de quien lo sufre. Perjuicio que se fundamenta en que ha sido asumido por el promitente destinatario de la promesa en consideración del matrimonio proyectado. Constatación última sobre la que la jurisprudencia menor ha tenido ocasión de pronunciarse.

En este capítulo quinto, también son analizan las **cuestiones procesales según el artículo 43 del Cc**. Así, por lo que atañe a la **legitimación pasiva**, ésta compete al promitente que operó la ruptura o rehusó cumplir la promesa de matrimonio, es decir, bien sobre el prometido que se niega sin causa o, sobre aquel otro que con su propia culpa ha dado causa a la negativa de la contraparte a celebrar el matrimonio (GARCÍA CANTERO Y OTROS). En cuanto a la **legitimación activa**, corresponderá «a la otra parte», es decir, al promitente que no hubiese roto la promesa o, a quien la otra parte le niegue el matrimonio sin causa.

Una de las cuestiones más debatidas sobre la legitimación activa ha sido el alcance de ésta. Extremo concretado en determinar si la legitimación, de conformidad a la imprecisa redacción del precepto, alcanza únicamente al prometido abandonado o si también se puede ampliar a otras personas distintas de los prometidos que hubiesen efectuado gastos o contraído obligaciones en consideración al matrimonio proyectado.

La expresión «a la otra parte» podría estar referida, exclusivamente, al destinatario de la promesa de matrimonio o, comprender a quien hubiese realizado gastos o asumido obligaciones en consideración al matrimonio

prometido. Lo cierto es que el precepto no prohíbe de forma expresa el ejercicio de la acción por persona distinta del promitente, así que conectado con el derecho a obtener tutela judicial como derecho fundamental, lógico será extender esta legitimación activa a estas personas, padres, familiares o, incluso, terceros. Por tanto, su ampliación a terceros –al socaire de la tutela efectiva- podría tener lugar al amparo de las obligaciones solidarias, siendo necesario para ello admitir que el hecho de haber contribuido a los gastos de un futuro matrimonio podría otorgarles -en los supuestos del artículo 43- legitimación activa para el ejercicio de las acciones (MARTÍN GRANIZO).

En este punto, la doctrina está dividida. En particular, algunos autores, sostienen que esta legitimación no corresponde ni a los padres –que aún habiendo prestado su asentimiento a los esponsales, ciertamente no habían sido parte en ellos- ni a los parientes, ni a terceros que hubiesen constituido la dote (GARCÍA CANTERO Y OTROS). Por el contrario, otro sector doctrinal, estima que el que interpone la acción no ha de ser necesariamente el destinatario de la promesa, sino que puede incluir a todos aquellos que estén en estrecha relación a causa de ella, por lo que su confianza en que el matrimonio se habrá de celebrar resulta digna, igualmente, de protección (DELGADO ECHEVERRÍA).

Por otra parte, en los supuestos de menores emancipados por haber contraído anteriormente matrimonio -ya disuelto con dispensa de edad a partir de los catorce años de edad-, se plantea quién ostenta la legitimación activa. Cuestión en la que al tratarse de un menor emancipado por matrimonio, el derecho al reembolso de los «gastos hechos» y «obligaciones contraídas», tampoco será extensible a los padres o tutor del menor, por lo que la ostentará únicamente aquél (DÍAZ-AMBRONA).

En definitiva, la legislación española -a diferencia de otras- no contempla la posibilidad de que personas distintas de los promitentes ostenten la legitimación activa para ejercitar la acción de reembolso de los «gastos hechos» u «obligaciones contraídas» en consideración al matrimonio proyectado, lo que resulta ilógico, ya que en buena parte de los casos éstos



son realizados por padres o parientes más próximos. Sin embargo, dicha omisión no es óbice para que estos sujetos no titulares de una posición jurídica equiparable al prometido abandonado [artículo 43 del Cc] y que hubiesen desembolsado sumas económicas de forma voluntaria, puedan actuar. Bien podrán hacer valer la ineficacia de las donaciones efectuadas a los promitentes por razón del matrimonio prometido y no celebrado por la vía del artículo 1.342 del Cc, o acudir a la acción de enriquecimiento sin causa, cuando se den los requisitos a los que la jurisprudencia subordina su ejercicio o, incluso, exigir los perjuicios fundándose en la obligación de indemnizar nacida de acto ilícito.

Por otra parte, conviene precisar que el derogado artículo 44. 2 del Cc de 1889, hasta la reforma de la Ley 30/1981, de 7 de julio, fue objeto de numerosas controversias doctrinales en las que se debatía si el carácter del plazo de un año al que aludía el precepto, era de **prescripción o de caducidad**. En la actualidad, con la redacción del artículo 43 del Cc el legislador español ha puesto fin a dichas controversias, ya que el precepto contiene un pronunciamiento expreso de caducidad, por lo que no le será de aplicación, ni las normas sobre interrupción legal, ni las de suspensión de la prescripción y, por tanto, el acto de conciliación no interrumpirá la acción, sino que será consecuencia de la presentación de la demanda (GARCÍA CANTERO Y OTROS). En síntesis, con la introducción del término «la acción caducará», se consigue una mayor precisión técnica que con el genérico «sólo podrá ejercitarse».

Con todo, no reina un completo consenso, toda vez que un sector doctrinal es partidario de que la verdadera naturaleza del plazo establecido debería ser la prescripción, como cualquier otra acción indemnizatoria (DÍEZ PICAZO Y OTROS). Pese a ello, lo cierto es que en la mayoría de la doctrina científica, prevalece la calificación del legislador, tanto por la relevancia que presentan los esponsales, como por la inexistencia de precepto alguno que imponga que las acciones indemnizatorias quedan sometidas en exclusiva a la prescripción (LASARTE ÁLVAREZ Y OTROS).

Desde una perspectiva práctica, la caducidad o la prescripción parece carecer de interés: no hay jurisprudencia -ni del Supremo ni en la menor- en la que se plantee dicha cuestión, lo que justifica que las circunstancias del supuesto de hecho determinan como -con acierto- sostiene el profesor LASARTE ÁLVAREZ «ora una inmediata reclamación», «ora el definitivo olvido de la cuestión».

Por cuanto atañe a la **determinación del <dies a quo>**, el artículo 43 del Cc establece que comenzará a contar desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio, es decir, desde el día que tuvo lugar el incumplimiento (DELGADO ECHEVERRÍA). Incumplimiento que deberá tener la consideración de acto recepticio perfectamente identificable, cuyo contenido queda concretado a una declaración de voluntad -ya por iniciativa propia o, como respuesta a la reclamación del cumplimiento-.

Esta imprecisión del momento inicial de su cálculo, obedece a su naturaleza negativa que puede presentar serias dudas fácticas sobre el momento de su acreditación, por lo que para evitar fraudes de Ley, ha de ser definitiva y, por tanto, si en la promesa se ha señalado fecha, a ella se deberá atender en principio, salvo que la conducta contraria a la promesa haya sido positiva (GARCÍA CANTERO). Sería el caso, por evidente, de contraer matrimonio con tercera persona.

Por lo que a la **carga de la prueba** se refiere, conviene precisar que al actor le corresponde demostrar la existencia de los hechos constitutivos de su pretensión, mientras que al demandado le incumbe probar los hechos impeditivos o extintivos de aquélla. En este sentido, al actor -es decir, al sujeto que ejercita la acción de reembolso- le corresponderá demostrar los siguientes extremos: la existencia de la promesa de matrimonio, el incumplimiento consistente en la negativa de la otra parte a contraer dicho matrimonio, la existencia y la cuantía de los gastos efectuados y de las obligaciones contraídas, así como la finalidad por la que fueron realizados. Al demandado le incumbirá, por su parte, que el consentimiento prestado para la promesa estaba viciado o que la promesa no era cierta, que ha habido

-en su caso- causa de ruptura, o que él no ha dado causa alguna a la ruptura del actor, que ha transcurrido el plazo de caducidad establecido por el precepto o, en suma, que concurre alguna de las causas que dan origen a la extinción de la promesa.

Por otra parte, se sostiene que la carga de la prueba de la causa dependerá de la naturaleza contractual o no de la acción, por lo que en el primer caso incumbirá al demandado, mientras que en el segundo corresponderá al demandante probar la falta de causa. No obstante, la dificultad que presenta la prueba de un hecho negativo por el actor también ha sido advertida por los partidarios de la teoría de la naturaleza no contractual, los cuales sostienen más adecuado entender que la presencia de una causa suficiente se configura como un hecho de carácter impeditivo y, por tanto, su prueba corresponde al demandado (ORTEGA PARDO Y OTROS).

En cuanto a la última parte, está constituida por un único capítulo, el **sexto y último capítulo** dedicado a la **regulación de la promesa de matrimonio en el Código civil italiano**. Con el nuevo Código civil italiano de 1942 se modifica el sistema de la promesa de matrimonio, al que se le añadiría un nuevo precepto dedicado a la restitución de las donaciones. Por su parte, la Ley 151, de 19 de mayo de 1975, modifica la primera parte del artículo 81, adecuándolo a la autorización de menores del artículo 84. Se convierten los artículos 53 y 54 del Código de 1865 y el 81 del Código de 1942, en los vigentes 79, 80 y 81, y se abandona la antigua terminología, introduciéndose algunos cambios que aclaran determinados extremos de la figura.

Por tanto, y de conformidad con la ordenación sistemática del Código civil italiano de 1942, las previsiones dedicadas a la promesa de matrimonio se encuentran recogidas en los artículos 79, 80 y 81 integrados en el Libro I, Título IV *Del Matrimonio*, Capítulo I *Della promessa di matrimonio*. El vigente artículo 79 Código civil italiano, aunque ofrece ciertas semejanzas con su regulación precedente, lo cierto es que se diferencia en la modificación terminológica sufrida por la institución, ya que “la promessa di matrimonio” es la nomenclatura que sustituye la tradicional “promessa scambiale di futuro”. Por otra parte, se reconoce el principio de libertad

matrimonial que será de aplicación con independencia de que la promesa sea realizada, bilateral o unilateralmente, por las partes.

El artículo 80 del Cc se ocupa de la restitución de las donaciones efectuadas a causa de la promesa de matrimonio, salvándose la inexistencia de un precepto análogo en el Código precedente, solventado mediante la aplicación del artículo 1.068. En este sentido, conviene subrayar que se trata de una norma especial frente a la general, por lo que no cabrá remitirse al sistema general salvo que concurran circunstancias que hagan prudente su alegación.

Finalmente, el nuevo artículo 81 del Cc según la redacción de 1975 presenta respecto de su predecesor [artículo 54 del Código 1865] ciertas modificaciones de interés. Entre ellas, conviene destacar las siguientes: a) Se exige de una forma solemne o cualificada de la promesa de matrimonio, la reclamación indemnizatoria por daños; b) Se identifica un supuesto de responsabilidad a cargo de la parte que rechaza sin justa causa continuar la promesa de matrimonio o, que con su propia culpa ha dado justa causa a la negativa de la otra parte; c) Se aclara de forma expresa que el limitado resarcimiento de los daños puede ser de aplicación a un menor que reúna el requisito de capacidad para contraer nupcias, contenido en el artículo 84 del Cc; d) Se limita la medida del daño resarcible a los gastos efectuados y a las obligaciones contraídas a causa de la promesa de matrimonio -aspecto último que no se encontraba contenido en el derogado artículo 54 del Código de 1865-; d) La referencia a la necesaria proporcionalidad entre los gastos realizados y las condiciones socio-económicas que ostenten las partes, e) Se establece la previsión de un plazo -extremadamente breve- de caducidad -que no de prescripción- concretado en un año desde el día de la negativa a contraer el matrimonio.

En definitiva, y como se incluye en las conclusiones, son muchas las circunstancias concomitantes entre ambos ordenamientos, así como otros tantos elementos los que los separan, pese a proceder de una familia común. Con todo, sí que parece que la norma reguladora de la obligación de

reembolso se trata de un precepto restrictivo, por lo que es complejo que quepa su aplicación analógica. Al tiempo, en ambos ordenamientos una causa común ilumina la redacción legal, como es la absoluta libertad para contraer matrimonio, libertad y derecho que ha de predominar tanto en su sentido positivo como en su sentido negativo, por mucho que las partes se hayan comprometido a contraer el vínculo. Cuestión distinta a que la libérrima voluntad ha de prevalecer sobre la promesa, es que quien ha incurrido en cierto tipo de gastos con ocasión de dicho compromiso haya de verse perjudicado patrimonialmente por dicha ruptura.

Estos y otros tantos argumentos son los que se abordan en esta investigación, que nos ha dado la oportunidad de revisar los elementos básicos del derecho de familia y no solo el matrimonial, y al tiempo contrastar las circunstancias que puedan dar lugar a la obligación de resarcir o reembolsar los gastos, frente al sistema de responsabilidad civil extracontractual o por daños.



**PRIMERA PARTE**

---

**ANTECEDENTES**





## CAPÍTULO PRIMERO

### LA REGULACIÓN DE LOS ESPONSALES EN EL DERECHO ROMANO

#### I. LOS ESPONSALES EN EL DERECHO ROMANO

Los esponsales conocidos en Roma como «sponsio» consistían en una promesa jurídica formal concretada en una pregunta solemne realizada por el estipulante en la que se solicitaba de la contraparte la aceptación de la obligación para realizar una determinada prestación en la forma prescrita. Obligación que quedaba aceptada por el promitente quedando éste obligado por su respuesta.

En la antigüedad los esponsales exigían de la forma solemne de la «sponsio», como negocio oral en el que se hacía solemne la promesa utilizando el verbo «spondere» del cual únicamente se podía servir los ciudadanos romanos<sup>1</sup>. Las partes se concretaban en el estipulante o futuro acreedor y en el promitente o futuro deudor.

De lo dicho, resulta innegable que el término «sponsalia<sup>2</sup>» -vocablo que se puede traducir por la palabra moderna compromiso, que indica la

---

<sup>1</sup> [GAYO 3, 93].

<sup>2</sup> Sobre la derivación etimológica del término «sponsalia» de los verbos «sponsio» y «spondere» y, de su confirmación por fuentes jurídico-literarias, *vid.*, [D. 23, 1, 2 (ULPIANUS, *libro singulari, Di Sponsalibus*)]; [D. 23, 1, 1 (FLORENTINUS, *libro III. Institutionum*)]; [D. 23, 1, 3 (FLORENTINUS, *libro III. Institutionum*)]; [VARRONE, *De lingua latina*, 70-72]; [GELLIUS, *Noctes Atticae* 4, 4 (SERVIO SULPICIUS, *in libru dotibus*)]; [SERVIO., *Aen.* 10, 79; ISIDORO., *orig.* 9, 7, 3; PLAUTUS., *Aulularia*, 255 ss.; PLAUTUS., *Curc.* 672 ss. En particular, GAUDIMET, Jean (en *L'originalité des fiançailles romaines*, IVRA, Rivista internazionale di diritto romano e antico, giovane editore, Naples, 1955, p. 23) sostiene que debido a la relativa escasez de textos jurisprudenciales romanos en materia de compromiso, las instituciones gyanas y

promesa de futuro matrimonio- procedía del verbo <spondeo><sup>3</sup>, lo que permite trazar el perfil originario de este instituto, en gran parte olvidado en el Derecho clásico, encuadrándolo en el género de la promesa productora de efectos obligatorios.

Por otra parte, esta aclaración resulta oportuna debido a los profundos cambios que han marcado la promesa de matrimonio. Primero entendida en la plenitud de su rigor formal, como causa de una obligación perseguida en juicio, con la finalidad de obtener, en virtud del incumplimiento una condena de carácter pecuniario; posteriormente, confinada entre los compromisos revocables de naturaleza prevalentemente social y, finalmente presentada por los legisladores postclásicos y por JUSTINIANO a un régimen temperado que reafirmó -indirectamente o, por el influjo de otras culturas- el principio de coercibilidad de un vínculo asimilable a la primera etapa del matrimonio<sup>4</sup>.

En definitiva, este término utilizado en la actualidad por la lengua jurídica para designar el compromiso de unirse en matrimonio con una determinada persona, se puede asumir de distintas formas. Aceptación a la que se le ha atribuido diferente eficacia jurídica en los distintos ordenamientos jurídicos -antiguos o modernos-.

---

de Justiniano no mencionan en absoluto este término, mientras que en el Digesto se recuerda únicamente la monografía Ulpiana de <Sponsalibus>. Por otra parte, trae a colación que los compiladores de las Pandectas reservaron a los esponsales un único título que comprende 18 fragmentos breves contenidos en [D. 23, 1].

<sup>3</sup> [Prometo].

<sup>4</sup> *Vid.*, BALESTRI FUMAGALLI, Marcella: voce «Sponsali (Diritto romano)», in *Enc. dir.*, n. 43, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1990, p. 500; VOLTERRA, Eduardo: voce «Sponsali», in *NNDI*, diretto da Antonio AZARA e Ernesto EULA, XVIII, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1971, p. 34 y, «Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano», in *Scritti giuridici. I. Famiglia e successioni*, con una nota di Mario TALAMANCA, Jovene editore, Napoli, 1991, pp. 339 y ss; FAYER, Carla: *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, T. II, Roma, 1994, pp. 15-16.

## II. LA EVOLUCIÓN DE LOS ESPONSALES A TRAVÉS DE LAS DIFERENTES ETAPAS

La evolución de los esponsales ha sido objeto de un profundo progreso a lo largo de las diferentes etapas del Derecho romano, por lo que conviene precisar que en el Derecho preclásico<sup>5</sup> únicamente caben suposiciones.

Ya se ha dicho que el término «sponsalia» procedía, indudablemente, de la forma «sponsio», promesa formal que servía para la constitución del vínculo matrimonial. Esta promesa tenía lugar entre el padre de la novia y el futuro contrayente, por lo que los esponsales implicaban la obligación de contraer matrimonio. Sin embargo, aunque este régimen fue mantenido por las comunidades latinas hasta el año 90 a. C., con posterioridad, fueron los romanos los que procedieron a excluir la eficacia vinculante de los esponsales.

En la época clásica<sup>6</sup> ya no se requiere de una forma especial para los esponsales, desapareciendo el formalismo que los caracterizaba y la sanción indemnizatoria para el supuesto de su incumplimiento, llegando a tener la consideración de nula para el supuesto de su previsión. Este compromiso quedaba circunscrito a un simple convenio no formal que no creaba vínculo jurídico alguno y que se podía romper libremente, sin más repercusiones que las de orden social y, finalmente, se establece de forma expresa la necesidad del consentimiento de los contrayentes, siendo suficiente en el caso de la hija de familia su no oposición.

En la época post-clásica<sup>7</sup>, esta figura experimenta un brusco cambio, debido a la desaparición de la libertad de incumplimiento y, los efectos

---

<sup>5</sup> Vid., FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «Reflexiones a propósito de la realidad social. La tradición jurídica y la moral cristiana en el matrimonio romano», *Estudios Jurídicos*, n. 2, Vol. XII, 2007, p. 205; MIQUEL, Joan: *Derecho Privado Romano (Obra adaptada a los nuevos planes de estudio del Derecho)*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1992, p. 357.

<sup>6</sup> Vid., FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 205; FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino y PARICIO SERRANO, Javier: *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, Paideia ediciones, Madrid, 2000, 4.ª ed., p. 154; MIQUEL, *op. cit.*, p. 357.

<sup>7</sup> Vid., FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 205; FERNÁNDEZ BARREIRO y PARICIO SERRANO, *op. cit.*, p. 155; MIQUEL, *op. cit.*, p. 358.

jurídicos de los esponsales aumentan, aproximándose esta institución al matrimonio -ya que en algunos aspectos los efectos que producían en los prometidos tendían a aproximarse a los que el matrimonio generaba en los cónyuges- aún a pesar de que el compromiso esponsalicio no llegó a equipararse a éste.

Por otra parte, los rescriptos imperiales acogieron la práctica de las «*arrhae sponsaliciae*», las cuales consistían en sumas de dinero -u otros bienes- que los prometidos se intercambiaban entre ellos como prueba y garantía de la promesa de matrimonio celebrada.

En relación a las donaciones consistentes en la entrega de regalos por parte del novio a la novia, la regla general consistía en la devolución de éstos en el supuesto de la no celebración del matrimonio, cuando no mediase culpa del novio.

En definitiva, se admite nuevamente la sanción patrimonial como consecuencia del incumplimiento de la promesa de futuro matrimonio, lo que se pone de manifiesto en lo previsto al efecto en materia de donaciones y «*arrhae sponsaliciae*». Régimen que será cambiado por CONSTANTINO para el supuesto de que hubiese mediado «*ósculo interveniente*». Y, finalmente, en la época de JUSTINIANO se extienden a los esponsales los impedimentos establecidos para el matrimonio y, se equiparan sus efectos para determinados fines patrimoniales y penales.

### **1. ÉPOCA PRECLÁSICA: LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE LOS ESPONSALES**

Pocas e inciertas son las fuentes existentes -sobre todo literarias- relativas a los esponsales en el Derecho preclásico. El único elemento que se presenta con cierto margen de precisión es el carácter obligatorio para los contrayentes, aunque sigue sin precisarse con exactitud en qué forma y cuál fue la extensión de la responsabilidad derivada por el incumplimiento de la promesa de matrimonio.

Dos son los textos, uno de AULO GELLIO –que recoge un largo pasaje de la obra: *De dotibus* de SERVIO SULPICIO RUFO, en la que se describe la forma en que se realizaban antiguamente los esponsales- y, otro de VARRÓN, en los que ambos presentan la misma etimología sobre el término «sponsalia». Textos que recuerdan, la existencia de una contratación anterior al matrimonio realizada y garantizada a través de una «sponsio». Estos pasajes se presentan con el siguiente contenido:

GELIO, Noches Áticas 4, 4: «SERVIO SULPICIO, en el Libro que tituló *Sobre las dotes*, dice que en aquella parte de Italia que se conoce como el Lacio los esponsales solían celebrarse siguiendo el ritual y regla jurídica: Quien iba a casarse recibía garantías de la familia de la novia que la entregaría en matrimonio. A su vez, el que iba a casarse también formulaba el compromiso. Este contrato de capitulaciones (*stipulatio*) y promesas solemnes recibía el nombre de esponsales (*sponsalia*). Entonces, la que había sido prometida recibía el nombre de «prometida» (*sponsa*) y quien había prometido casarse, recibía el nombre de «prometido» (*sponsum*). Pero si tras estas garantías la esposa no era entregada o no era llevada al matrimonio por el prometido, quien había ofrecido garantías podía emprender una acción judicial *ex sponsu*. Los jueces entendían del asunto. El juez preguntaba por qué razón no había sido entregada o aceptada la esposa. Y si el motivo no parecía justo, fijaba una suma de dinero como fianza y condenaba al que había hecho la promesa a pagar aquél a quien se le había hecho una cantidad en función de los intereses de quien tenía que entregar la esposa o recibirlas. SERVIO dice que ese derecho relativo a los esponsales estuvo vigente hasta el momento en que el derecho de ciudadanía le fue concedido a todo el Lacio por la Ley Julia. Esto mismo escribió NERACIO en el Libro que tituló *Sobre las nupcias*»<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> «Sponsalia in ea parte Italiae, quae Latium appellatur, hoc more atque iure solita fieri, scripsit Servius Sulpicius in libro, quem scripsit de dotibus: -2. Qui usorem, inquit, ducturus erat, ab eo, unde ducenda erat, stipulabatur, eam in matrimonium ducturum iri. Cui ducturus erat itidem spondebat. Is contractus stipularionum sponsionumque

VARRÓN, De lingua latina 70-72: «Se prometía dinero o una hija con vistas al matrimonio, y tanto el dinero como la prometida en matrimonio se denominaban <*sponsa*>: el dinero pedido recíprocamente en garantía del desposorio se llamaba <*sponsio*>, a aquél a quien se le prometía la hija se le llamaba <*sponsus*>; el día en que se realizaba la promesa se le llamaba <*sponsalis*>. Aquél que había prometido una hija decían que había renunciado a ella (*despondisse*), porque aquélla quedaba fuera de su autoridad (*de sponte*), es decir, de su voluntad tutelar, pues aunque no quisiera, debía entregarla, ya que estaba obligado por el compromiso (*sponsus*). Ya ves cómo en las comedias se dice: ¿prometes entregar a tu hija como esposa de mi hijo? Antaño esto era considerado como Derecho pretorio con valor de Ley y como decisión censorial ajustada a la equidad. Así también se decía <*despondissee animum*> (renunciar al coraje, perder el coraje), igual que <*despondisse filiam*> (prometer a la hija en matrimonio), porque en ambos casos quedaba establecido el final de su control sobre uno y otra. Y así, quien responde no a lo que se le pregunta no se compromete (*respondet*); como tampoco hace una promesa

---

dicebatur sponsalia. Tunc quae promissa erat, sponsa appellabatur, qui sponderat ducturum sponsus. Sed si post eas stipulationes uxor non dabatur aut non ducebatur, qui stipulabatur, ex sponsu agebat. Iudices cognoscebant. Iudex quamobrem data acceptave non esset uzor, quaerebat. Si nihil iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat, quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari, eum, qui sponderat, ui stipulatus erat, condemnabat. -3. Hoc ius sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus, quo civitas universo Latio lege Iulia data est. 4. Haec eadem Neratius scrpsit in libro quem de nuptiis composuit» [GELLIUS, Noctes Atticae 4, 4 (SERVIO SULPICIIUS, *in libru dotibus*)] (GELLII LV, Avli: *Noctes atticae*, Coloniae, Opera Nova Impenfa Joannis Soteris, MDXXVI, p. 91). La traducción al castellano ha sido extraída de: GELIO, Aulo: *Noches áticas*. Índices y Traducción y notas de los Libros I, IV y V por Jesús María NIETO IBÁÑEZ. Traducción general y traducción y notas de los Libros II y III por Carmen BARRIGÓN FUENTES, Edición de Santiago López Moreda, Akal/Clásica, Madrid, 2009, p. 242. *Vid.*, también, CASAVOLA, Franco: *Giuristi adrianei*, con note di prosopografia e bibliografia su giuristi del il secolo d. C., di Giacomo DE CRISTOFANO, Jovene, Napoli, 1980, pp. 92 y ss.; FERRETTI, Paolo: *Le donazioni tra fidanzati nel Diritto romano*, Dott- A. Giuffrè editore, Milano, 2000, pp. 2 y ss.; VOLTERRA, Eduardo: «Studio sull'arrha sponsalicia [I]», in *Scritti giuridici. I. Famiglia e successioni*, con una nota di Mario TALAMANCA, Jovene editore, Napoli, 1991, pp. 9 y ss.; GARCÍA QUINTAS, María de las Mercedes: «Los esponsales romanos: Las letras y las leyes», in *Ars Iuris, Revista del Instituto Panamericano de Jurisprudencia*, Universidad Panamericana, n. 36, 2006, pp. 92-93.

(*spondet*) el que a la ligera dice «*spondeo*» (prometo), si lo dice en broma, y no puede llevarse a los tribunales tomando como motivo su promesa (*sponsus*). Así, en una tragedia, aquél a quien otro le dice: ¿No recuerdas que me has prometido entregarme a tu hija por esposa (*despondere*)? No puede ser llevado a juicio por tal promesa porque la hizo sin verdadera intención»<sup>9</sup>.

Por otra parte, estos pasajes han dado origen a la existencia de distintas interpretaciones doctrinales<sup>10</sup>. En este sentido y, por lo que se refiere al pasaje de AULO GELIO<sup>11</sup>, la primera cuestión que planteó

<sup>9</sup> «-Spondebatur pecunia aut filia nuptiarum, appellabatur et pecunia aut filia nuptiarum causa, appellabatur et pecunia et quae desponsa erat sponsa; quae pecunia inter se contra sponsu rogata erat, dicta sponsio; cui desponsa quae erat, sponsus; quo die sponsum erat, sponsalis. Qui sponderat filiam, despondisse dicebant, quod de sponte eius, id est de voluntate, exierat: non enim si volebat, dabat, quod sponsu erat alligatus: nam ut in comoediis vides dici: Sponden tuam gnatam filio uxorem meo? Quod tum et praetorium ius ad legem et censorium iudicium ad eaquum existimabatur. Sic despondisse animum quoque dicitur, ut despondisse filiam, quod suae spontis statuerat finem. A qua dicere respondere quoque dixerunt, cum ad spontem responderent, id est ad voluntatem rogatoris. Itaque qui ad id quod rogatur non dicit, non respondet, ut non spondet ille statim qui dixit spondeo, si iocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu. Itaque is quoi dicitur in comoedia: Meministin te despondere mihi gnatam tuam? Quod sine sponte sua dixit, cum eo non potest agi ex sponsu» [VARRONE, *De lingua latina*, 70-72] (VARRÓN TERENCIO, Marco: *De lingua latina*. Edición bilingüe. Introducción, traducción y notas de Manuel-Antonio MARCOS CASQUERO, Antropos, Madrid, 1990, pp. 190-193). *Vid.*, también, entre otros: GARCÍA QUINTAS, *op. cit.*, pp. 92-93; ASTOLFI, Riccardo: *Il Fidanzamento del Diritto Romano*, Casa Editrice Dott.-A. Milani, Milano, 1994, 3.ª ed., pp. 23 y ss; FRANCIOSI, Gennaro: *Famiglia e persone in roma antica. Dall'età arcaica al principato*, Giappichelli editore, Torino, 1992, 2.ª ed., p. 153; FERRETTI, *Le donazioni...*, *op. cit.*, pp. 5 y ss; ALBANESE, Bernardo: «Brevi studi di Diritto romano. VIII. Verbis obligatio e sponsalia in Varrone», in *AUPA*, n. 43, 1992, pp. 134 y ss.; PACCHIONI, Giovanni: «Actio ex sponsu», in *Arch. e Giur.*, n. 39, 1887, p. 411; MAGDELAIN, André: *Essai sur les origines de la sponsio*, París 1943, pp. 99 y ss; VOLTERRA, Eduardo: «Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani», in *Scritti giuridici II. Famiglia e successioni*, con una nota di Mario TALAMANCA, Jovene editore, Napoli, 1991, pp. 491 y ss.

<sup>10</sup> *Vid.*, VOLTERRA, Eduardo: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, traducción, prologo y notas a la edición española de Jesús DAZA MARTÍNEZ, Editorial Civitas, Madrid, 1986, pp. 653-654; voce «Sponsali»..., *op. cit.*, pp. 34-36 y, «Osservazioni intorno...», *op. cit.*, pp. 491 y ss.; CASTELLO, Carlos: «Lo status personale dei fidanzati nel Diritto romano della fine della repubblica e del principato», in *Estudios en homenaje de Juan IGLESIAS*, Vol. III, Madrid, 1988, pp. 1165 y ss.; ASTOLFI, Riccardo: «Il fidanzamento nella «Lex Iulia et Papia»», in *Studi in onore di Edoardo VOLTERRA*, III, Milano, 1971, pp. 681 y ss.; GENNARO, *op. cit.*, pp. 151-154; FERNÁNDEZ BARREIRO y PARICIO SERRANO, *op. cit.*, p. 152.

<sup>11</sup> Cfr., [GELLIUS, *Noctes Atticae* 4, 4 (SERVIO SULPICIVS, *in libru dotibus*)].

controversias en la doctrina de la época se centró en que al comienzo del texto SERVIO Sulpicio, se situó «[...] en aquella parte de Italia, que se conoce como el Lacio [...]»<sup>12</sup>, añadiendo al final del fragmento que «[...] ese derecho relativo a los esponsales estuvo vigente hasta el momento en que el Derecho de ciudadanía le fue concedido a todo el Lacio por la *Ley Julia* [...]»<sup>13</sup>. Se escribe lo mismo por NERACIO PRISCO, en su obra: *De nuptiis*.

Esta cuestión suscitó la existencia de tres vertientes doctrinales, claramente diferenciadas: La primera, partidaria en que AULO GELIO únicamente trataba del Derecho de la región del Lacio<sup>14</sup>; la segunda - aceptada por la doctrina mayoritaria<sup>15</sup>- admitía la posibilidad de que, aunque se tratara de Derecho latino, lo cierto es que ya existía una identidad entre el Lacio y Roma en relación con los esponsales y, finalmente, la tercera hipótesis -seguida por algunos autores<sup>16</sup>- abogaba por que este régimen esponsalicio pudo haber sido común al principio y, con posterioridad, ser abandonado en Roma, debido al impulso coactivo que los esponsales pudieron producir hacia el matrimonio, mientras que en el resto del Lacio se habrían conservado. Por tanto, si SERVIO Y NERACIO hubieran escrito dicho pasaje en este segundo momento, es lógico que se hubiesen referido únicamente al Lacio, excluyendo la *Urbs*<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> «[...] *in ea parte Italiae, quae Latium appellatur* [...]» (Ibídem).

<sup>13</sup> «[...] *ius sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus, quo civitas universo Latio lege Julia data est* [...]» (Ibídem).

<sup>14</sup> *Vid.*, en este sentido, DIRKSEN, Heinrich Eduard: *Die Wirksamkeit der Ehegelöbnisse nach den Bestimmungen einzelner Ortsrechte in Bereiche der römischer Herrschaft, Dirksen's Hinterlassene Schriften zur Kritik und Auslegung der Quellen römischer Rechtsgeschichte und Alterhumskunde*, Teubner, Leipzig, 1891, pp. 318-327.

<sup>15</sup> *Vid.*, ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, pp. 10 y ss; VOLTERRA, «Osservazioni intorno...», *op. cit.*, pp. 491 y ss.

<sup>16</sup> *Vid.*, PACCHIONI, «Actio ex...», *op. cit.*, pp. 410 y ss.

<sup>17</sup> Así, GARCÍA QUINTAS, sostiene que «el régimen de los esponsales descrito por AULO GELIO es romano, debido a que se centra en la «sponsio» configurada como un negocio civil exclusivamente romano y, por tanto, el régimen de los esponsales era común a latinos y romanos» (*op. cit.*, p. 95).



De lo anterior se sigue que con este régimen de esponsales descrito en el pasaje de AULO GELIO se hacía referencia al «ius sponsaliorum» vigente en la ciudad del Lacio hasta el año 90 a. C.<sup>18</sup>. Este derecho que de la comparación con otras fuentes<sup>19</sup> y de la mención del término «sponsio» correspondía a la disciplina romana, aludía a las normas vigentes en el Derecho romano y no a las vigentes en el Derecho latino antiguo, debido a que la forma «spondes? Spondeo» de las dos estipulaciones pone de manifiesto que los contrayentes eran innegablemente ciudadanos romanos<sup>20</sup>.

En definitiva, este régimen centrado en la «sponsio» como contrato civil exclusivamente romano, que comportaba una sustancial identidad entre el régimen romano y aquél de las otras ciudades del Lacio, se caracterizaba, de una parte, por el compromiso de un contrato formal y, de otra, por la obligación de contraer matrimonio. Características ambas que eran comunes tanto al Derecho de Roma, como al Derecho de las ciudades latinas y, por tanto, de aplicación común a romanos y latinos.

Por otra parte, el progreso originado en Roma dio origen al abandono de la concepción que limitaba la libertad de matrimonio y, que imponía una forma de consentimiento entre los prometidos y la obligación de contraer matrimonio. Esta concepción que sí permaneció en otras ciudades del Lacio,

---

<sup>18</sup> Vid., las argumentaciones de BONFANTE, Pietro: *Corso di Diritto romano. I. Diritto di famiglia*, Roma, 1925, ristampa corretta della 1.<sup>a</sup> edizione a cura di Giuliano BONFANTE E Giuliano GRIFO con l'aggiunta degli indici delle fonti, Dott- A. Giuffrè editore, Milano, 1963, p. 308.

<sup>19</sup> Vid., [D. 23, 1, 2 (ULPIANUS, *libro singulari, Di Sponsalibus*)]; [VARRONE, *De lingua latina*, 70-72]; SERVIO., *Aen.* 10, 79; ISIDORO., *orig.* 9, 7, 3.

<sup>20</sup> PACCHIONI, puntualiza esta identidad del régimen, al decir que sí había un matiz entre los «sponsalia» del Lacio y los de la «civitas» romana, en concreto, sostiene que «la forma latina se fija en «spondesne? Spondeo» y, la estrictamente romana en «dari spondes? Spondeo» («Actio ex..., *op. cit.*, pp. 412 y ss.). Vid., también FERRETTI, Paolo: «Le donazioni tra fidanzati nella política matrimoniale di Costantino», in *Ann. Univ. Ferrara-Sc. Giur.*, Nuova Serie, Vol. XVI, 2002, Nt. 2, p. 163.

fue repudiada en el año 90 a. C., cuando la *Lex Iulia* extendió la ciudadanía y el Derecho de Roma<sup>21</sup>.

Desde el punto de vista del Derecho, el problema se centra, en determinar si el antiguo compromiso se hacía en la forma solemne de la «sponsio» y, si en caso de disolución existía y con qué finalidad se efectuaba una «actio ex sponsu».

En relación a la primera cuestión, tanto las fuentes literarias como las jurídicas recuerdan la existencia de una «sponsio sponsalicia», lo que permite afirmar la existencia de una «sponsio» solemne en la promesa de matrimonio. Además, con el pasaje de GELIO se hacía referencia a un compromiso que consistía en un acto con efectos obligatorios<sup>22</sup> centrado en la solemne promesa y derivados de una doble «sponsio» contraída entre el padre de familia de la futura esposa y el novio.

Este compromiso se caracterizaba por la conclusión de «stipulaciones» y «sponsiones<sup>23</sup>» con las que el padre de familia de la futura esposa y el novio «sui iuris» se comprometían respectivamente, el uno a la entrega de su hija

---

<sup>21</sup> En este sentido, *vid.*, las aportaciones de ASTOLFI: *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 10; GARCÍA QUINTAS, *op. cit.*, p. 95.

<sup>22</sup> En el texto de AULO GELIO se establece a propósito de las «stipulaciones» y «sponsiones», el término «contractus». Sobre el uso de esta expresión, *vid.*, ALBANESE, Bernardo: *Gli atti negoziali nel Diritto privato romano*, Pubblicazioni del Seminario giuridico dell'Università di Palermo, Palermo, 1982, Nt. 3, p. 14.

<sup>23</sup> Estas expresiones que se derivan del pasaje de [GELLIUS, *Noctes Atticae* 4, 4 (SERVIO Sulpicius, *in libru dotibus*)] han sido objeto de una doble interpretación doctrinal. Según algunos autores, indicaban un único acto constituido por la pregunta «stipulatio» del futuro acreedor y la respuesta «sponsio» del futuro deudor. Así, entre otros, *vid.*, ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 12; ARANGIO-RUIZ, Vicencio: «Sponsio e Stipulatio, nella terminología romana», in *BIDR*, n. 4, Vitorio Scialoja, 1962, pp. 193 y ss.; BIONDI, Biondo: «Sponsio e Stipulatio. Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garanzie personale», in *BIDR*, n. 65, 1962, p. 123. Por el contrario, para otros autores, estas expresiones indicaban el compromiso entre los ciudadanos romanos «sponsio» y, el concluido entre ciudadanos romanos y extranjeros «stipulatio». En este sentido, *vid.*, CASTELLO, «Lo status personale...», 1988, *op. cit.*, p. 1167; PASTORI, Franco: *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano, 1961, pp. 193 y ss.

en matrimonio y, el otro a tomarla por esposa<sup>24</sup>. Obligaciones de carácter bilateral que no cabe duda que tuviesen plena eficacia jurídica y estuviesen defendidas por una *actio ex sponsu*<sup>25</sup>, lo que se desprende de que tras la conclusión de las «stipulationes» contra una de las dos partes que no hubiese cumplido –sin justa causa- lo acordado, cabía la posibilidad de que la otra actuara por medio de una *actio ex sponsu*, con la finalidad de obtener el resarcimiento establecido por el Juez. Resarcimiento concretado en una suma de dinero<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Los romanistas no eran coincidentes respecto a las obligaciones que nacían del cruce de estas «sponsiones». Esto dio origen a la existencia de tres vertientes doctrinales: De una parte, la de aquéllos que abogaban por que el «filiusfamilias» debía ser o el autor de la promesa o admitirla absolutamente, ya que era imposible poder prometer para otro (*vid.*, MAGDELAIN, *Essai sur les origines...*, *op. cit.*, p. 102). De otra, la de aquéllos que entendían que el padre prometía un acto de voluntad ajeno, conforme al cual la hija contraería matrimonio con el novio. Acto que podía originar problemas respecto a la responsabilidad por incumplimiento (*vid.*, ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, pp. 15 y ss). Y, por último, aquélla que entendía que el «paterfamilias» lo que prometía era un acto de voluntad propio, es decir, dar el consenso al matrimonio de su «filiafamilias» con independencia de que en realidad ésta se mantuviese libre o no de contraer dichas nupcias, convirtiéndose para el caso de incumplimiento de la promesa en responsable de su propio acto. En este sentido, VOLTERRA, dice que «il paterfamilias della donna, con tali stipulationes, si obbliga a sua volta a dare la figlia all'uomo che diventitò marito di questa, vale a dire a metterla in condizione, sempre se essa lo vorrà e fin tanto che la di lei volontà e quella del marito persisteranno, di formare un «*iustum matrimonium*». Ciò praticamente significa che il «paterfamilias» si obbliga a dare il suo consenso iniziale al matrimonio della filia, consenso che è necessariamente richiesto per la validità del matrimonio» («Osservazioni intorno...», *op. cit.*, pp. 506-507). Por su parte, GARCÍA QUINTAS, añade que «este acto inicial de entrega tiene su expresión también en el teatro de PLAUTO, concretamente en *Menaechmi*, cuando una mujer le dice en el v. 782 «[...] *ab illo quoi me mandavisti, meo viro*» «[...] aquél a quien tú me entregaste, mi marido» (*op. cit.*, Nt. 89, p. 99). En particular, FALCHI GIAN, Luigi (en «Osservazioni sulla natura della «Coemptio Matrimonii Causa» nel Diritto Preclassico», in *SDHI*, n. 50, 1984, p. 377) difiere de esta opinión únicamente en que la obligación asumida por el paterfamilias de la mujer solo consiste en ponerla a disposición del novio para que éste tenga la posibilidad de conducirla al matrimonio, acto que es propio del paterfamilias, pero únicamente inicial de cara al matrimonio, debido a que este último tendrá lugar si los contrayentes están de acuerdo y, *vid.*, las aportaciones de FERRETTI, *Le donazioni...*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>25</sup> Este testimonio realizado por SERVIO SULPICIO RUFO, fue confirmado por NERAZIO en el Libro *De nuptiis*, así citado por AULIO GELIO.

<sup>26</sup> *Vid.*, COSTA, Emilio: *Storia del Diritto Romano privato dalle origini alle compilazione giustinianee*, Fratelli Bocca editori, Torino, 1925, 2.<sup>a</sup> edizione rinnovata ed accresciuta., p. 52.

También, VARRÓN<sup>27</sup> en relación a los esponsales hace referencia a la realización de dos estipulaciones penales, mediante las cuales el padre de la novia y el «sponsus» se obligaban al pago de una suma de dinero en el supuesto de que el primero no hubiese concedido a la hija y el segundo no la hubiese tomado como esposa<sup>28</sup>.

Por tanto, los esponsales o compromisos se configuraban como una típica obligación bilateral realizada mediante peticiones –stipulationes- y promesas -sponsiones- de carácter recíproco, concluidas entre el padre de familia de la futura esposa y el novio. SERVIO y también VARRÓN<sup>29</sup> son explícitos en este sentido. Esta concepción también se encuentra reflejada tras el pasaje de VARRÓN, en otras fuentes jurídicas posteriores. Son, particularmente significativas, de una parte, el texto de ULPIANO<sup>30</sup> y, de otra, el posterior de FLORENTINO<sup>31</sup>, respectivamente, (del Libro Único, De los Esponsales) y (del Libro III, Instituta) del Digesto.

---

<sup>27</sup> Cfr. [VARRONE, *De lingua latina*, 70-72]. Sobre las diversas interpretaciones en relación al texto, *vid.*, FERRETTI, *Le donazioni...*, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

<sup>28</sup> *Vid.*, FERRETTI, «Le donazioni tra fidanzati nella...», 2002, *op. cit.*, p. 164; BONFANTE, *op. cit.*, p. 309; VOICI, Pasquale: «Storia della patria potestas da Costantino a Giustiniano», *in Studi di diritto romano*, 2, Padova 1985, p. 469 y, «Storia della patria potestas da Augusto a Diocleciano», *in Studi di diritto romano*, 2, Padova 1985, p. 405; ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 39; FRANCIOSI, *op.cit.*, pp. 151 y ss.

<sup>29</sup> Algunos han identificado una diferencia entre el compromiso descrito por GELIO y, el descrito por VARRÓN: En el primero, la «sponsio» aparece como una contratación bilateral, mientras que en el segundo se muestra como una promesa por parte solamente del padre de la mujer. En este sentido, GIRARD, Manuel (en *Manuale élémentaire de Droit romain*, Paris, 1918, 2.<sup>a</sup> ed., Nt. 3, p. 163) considera que «VARRÓN se refiere a una forma muy antigua de los esponsales». En la misma línea, *vid.*, MARCHI, Antonio: *Il risarcimento del danno morale. Secondo il Diritto romano (1904)*, Kessinger Legacy Reprints, United States, 2010, p. 258.

<sup>30</sup> «Sponsalia autem dicta sunt a spondendo, nam moris fuit veteribus stipulari el spondere sibi uxores futuras» [D. 23, 1, 2 (ULPIANUS, *libro singulari, Di Sponsalibus*)] (GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso: *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al Castellano del Latino, publicado por KRIEGEL, HERMANN Y OSENBRÜGGEN, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por Idelfonso GARCÍA DEL CORRAL, Primera parte, Digesto, T. II, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, p. 110).

<sup>31</sup> «Unde et sponsi sponsaque appellatio nata est» [D. 23, 1, 3 (FLORENTINUS, *libro III, Institutionum*)] (Ibídem).

Textos, que se presentan, respectivamente, en los siguientes términos:

«Pero dijéronse esponsales, de spondere [prometer], porque fué costumbre de los antiguos estipular y prometer para sí sus futuras mujeres» y, «De donde nació la denominación de esposo y de esposa».

Precisamente, llama la atención que se encuentre idéntica estructura de negocio en numerosas fuentes literarias, en particular, en varios pasajes de la comedia de PLAUTO y TERCENCIO se utilizaba el término «spondere» -con significado no técnico- con motivo de la promesa o del simple proyecto de matrimonio, amén de que también aparecen «sponsiones» estipuladas como una garantía frente al posible incumplimiento de la promesa de matrimonio<sup>32</sup>.

En síntesis, los esponsales en la época preclásica se configuraron como un acto solemne realizado por los progenitores de los prometidos<sup>33</sup> o

---

<sup>32</sup> «Lysiteles: Sponden tu ergo tuam gnatam uxorem mihi? / Charmides: Spondeo et mille auri philippum dotis. / Lysiteles: Dotem mil moror / Charmides: Si illa tibi placet, placenda dos quoque est quam dat tibi. / Postremo quod vis non duces, nisi illud quod non vis ferēs. / Charmides: Ius hic orat. / Lysiteles: Impetrabit te advocato et arbitro. / Istac lege filiam tuam sponden mi uxorem dari? / Charmides: Spondeo. / Charmides: Et ego spondeo itidem» Trad.: «Lysiteles: ¿Me prometes a tu hija como futura esposa? / Charmides: Tu la prometes junto con una dote de mil filipos de oro. / Lysiteles: La dote no me importa / Charmides: Si la quieres, tendrás que querer también la dote que te doy. / En una palabra, no te llevaras a la que quieres si no te llevaras a la que no quieres. / Charmides: Es una petición justa. / Lysiteles: Contigo de abogado y arbitro. / ¿Con esta condición prometes entregarme a tu hija como esposa? / Charmides: Te lo prometo. / Charmides: Y yo también lo prometo» [PLAUTUS, *Trinummus* 1157 ss.] (PLAUTO: *Comedias Gorgojo. El ladino cartagines. Tres monedas. Truculento*. Edición de Rosario Lopez Gregoris, Akal/Clasica, 2004, p. 214). Vid., también, ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, op. cit., p. 34; FERRETTI, *Le donazioni...*, op. cit., Nt. 24, p. 6 y Nt. 30-35 y 41, pp. 7-8; FAYER, op. cit., p. 23.

Otro texto interesante se encuentra contenido en: [PLAUTUS, *Poenulus* 1156.]: «Agorastocles: Tuam mihi maiorem filiam despondeas. / Hanno: Pactam rem habeto. / Agorastocles: Spondesne igitur? / Hanno: Spondeo» Trad.: «A: Que me prometan en matrimonio a tu hija mayor. H: Considera el asunto concluido. A: Entonces, ¿me la prometes? H: Te la prometo» (PLAUTO, op. cit., p. 214). Vid., FERRETTI, *Le donazioni...*, op. cit., Nt. 24, p. 6 y Nt. 35 y 40, pp. 7-8; FAYER, op. cit., p. 22.

<sup>33</sup> En relación al «sponsus alieni iuris», vid., [PLAUTUS, *Trinummus* 569 ss. y, 1157 ss.].

al menos por el padre de la «sponsa<sup>34</sup>», con la finalidad de que contrajese el futuro matrimonio.

Por cuanto atañe a la existencia y funcionamiento de la *actio ex sponsu* para el caso de disolución de los esponsales, conviene precisar que los únicos textos que hacen referencia a esta acción son los dos pasajes antes mencionados de GELIO Y VARRÓN, no ocupándose de esta acción las fuentes jurídicas.

En el supuesto del incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes, al acreedor no satisfecho se le atribuía una *actio ex sponsu*, con la finalidad de que obtuviese una condena pecuniaria a su favor<sup>35</sup>. En este sentido, SERVIO realizó la siguiente descripción: el Juez, previamente investido por el pretor de la cognición de la causa, comprobaba si el incumplimiento de la promesa estaba o no justificada. En caso de que no lo estuviese, establecía una estimación pecuniaria del valor de la controversia y calculaba el daño causado de la no celebración del matrimonio, condenando al deudor a pagar la suma al acreedor. Pasaje en el que ni se conocen más matices procesales, ni el mecanismo de la acción.

---

<sup>34</sup> Respecto a la «sponsa sui iuris», ASTOLFI, entiende que ésta habría podido concluir personalmente la «sponsio» con la intervención del tutor, pero que «la natura anche patrimoniale dell'atto, la giovane età e le convenienze social le impongono, di solito, e specialmente nell'età più antica, di affidarsi a dei rappresentanti, per prendere e attuare delle decisioni» (*Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 8). *Vid.*, entre otros, los siguientes textos: [PLAUTUS, *Trinummus* 1157 ss]; [PLAUTUS, *Poenulus* 1156]; [GELLIUS, *Noctes Atticae* 4, 4, 2 (SERVIO SULPICIVS, *in libru dotibus*)]; [VARRONE, *De lingua latina*, 70-72].

<sup>35</sup> «[...] Sed si post eas stipulationes uxor non dabatur aut non ducebatur, qui stipulabatur, ex sponsu agebat. Iudices cognoscebant. Iudex quamobrem data acceptave non esset uzor, quaerebat. Si nihil iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat, quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari, eum, qui sponderat, ui stipulatus erat, condemnabat [...]» Trad.: «[...] Pero si tras estas garantías la esposa no era entregada o no era llevada al matrimonio por el prometido, quien había ofrecido garantías podía emprender una acción judicial *ex sponsu*. Los jueces entendían del asunto. El juez preguntaba por qué razón no había sido entregada o aceptada la esposa. Y si el motivo no parecía justo, fijaba una suma de dinero como fianza y condenaba al que había hecho la promesa a pagar aquel a quien se le había hecho una cantidad en función de los intereses de quien tenía que entregar la esposa o recibirlas [...]» [GELLIUS, *Noctes Atticae* 4, 4 (SERVIO SULPICIVS, *in libru dotibus*)].

Esta inexistencia de matices dio origen a dos vertientes doctrinales, de una parte, la de aquéllos que veían la *actio ex sponsu* como un resarcimiento del daño moral derivado de la frustración nacida de las expectativas matrimoniales, ya que en realidad se concebía como una forma de articular la compensación por un daño moral<sup>36</sup> y, que únicamente se accionaba frente al incumplimiento de la promesa de esponsales<sup>37</sup> y, de otra, la integrada por los partidarios en identificarla con alguna de las acciones contenidas en otras fuentes, en concreto: con la *Legis actio per iudicis postulationem*; con la *Legis sacramento in personam* o, con la *Legis actio per condictinam*, debido a que una deuda «certa res» que hubiese nacido mediante una «sponsio» se podía reclamar mediante cualquiera de las tres acciones<sup>38</sup>. De ahí y, con la finalidad de identificar la *actio ex sponsu* con la *Legis actio per iudicis postulationem*, la doctrina de la época se apoyó en las XII tablas y en las Instituciones gyanas<sup>39</sup>.

De lo anterior, tres son las teorías, que recogen aspectos de interés en cuanto a la identificación de la *actio ex sponsu* con la *Legis actio per iudicis postulationem*. Son, de una parte, la de aquéllos que entienden que, además de esta posible identificación con la *Legis actio per iudicis postulationem*, no

---

<sup>36</sup> Cfr., [GELLIUS, *Noctes Atticae* 4, 4 (SERVIO Sulpicius, *in libro dotibus*)].

<sup>37</sup> En este sentido, *vid.*, MARCHI, *op. cit.*, pp. 245 y ss. Por el contrario, GARCÍA QUINTAS no estima que sea lo cierto a causa del concepto patrimonialista que tenía el matrimonio romano. Además, añade que «puesto que los esponsales se celebraban mediante «sponsio», debería existir un instrumento para el caso de incumplimiento dotado de un carácter más severo que el que pudiera derivar de un daño moral, ya que podría estar dotado de tintes de benevolencia, desvirtuando la esencia del resarcimiento del perjuicio» (*op. cit.*, p. 102). En la misma línea, PADELETTI, Guido (en *Storia del Diritto Romano. Manuale ad uso delle scuole*. Con note di Pietro COGLIOLO, Firenze, 1886, 2.<sup>a</sup> ed., p. 169) establece que «la totalidad de las acciones antiguas tenían la consideración de penales, incluso cuando la fuente de la obligación era un contrato hasta que la *Lex Silia* separó las obligaciones que nacían de un contrato de las que nacían de un delito. En definitiva, los esponsales se celebraban mediante la «sponsio», de forma que era necesaria la existencia de un instrumento para el caso de su incumplimiento dotado de un carácter más severo que el que pudiera derivar de un daño moral, al objeto de evitar la desvirtualización de la esencia del resarcimiento del perjuicio».

<sup>38</sup> *Vid.*, ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino: *Curso de Derecho romano*, Fasc. II, *Derecho procesal civil romano*, Madrid, 1950, pp. 141 y ss.

<sup>39</sup> Para una mayor argumentación en esta materia, *vid.*, las aportaciones de GARCÍA QUINTAS, *op. cit.*, pp. 102-104.

existen motivos para excluir la *Legis actio sacramenti in personam*<sup>40</sup>, de otra, la de aquellos otros que ponen trabas a estos dos posibles tipos de tutela procesal, argumentando que la materia del litigio es «incertum»<sup>41</sup> y, finalmente, la integrada por los que abogan, bien por negar que hubiera existido alguna Ley de semejante talante o, la admiten, pero con singularidad propia, es decir, como tal *actio ex sponsu*.

Por cuanto atañe al problema de la cuantificación del daño, se puede puntualizar que éste se podría haber salvado si en el pasaje contenido en Noches Áticas 4, 4 se hubiera transmitido que en el momento de celebrar las «sponsiones», los sujetos habían introducido una alternativa pecuniaria, la cual no aparecía en esta fuente literaria<sup>42</sup>, pero sí en un texto posterior<sup>43</sup>.

En cuanto a la posible identificación de la *actio ex sponsu* con la *Legis actio per conditionem*<sup>44</sup>, conviene tener presente que esta última se centraba en dirimir litigios que versaban sobre «certam pecuniam dare»; «certam rem dare» o, «incertum dare» o «facere», pero se excluía un «filiam uxorem dare»<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> Vid., ALBANESE, Bernardo: *Il processo privato romano delle legis actionis*, Palermo, 1987, pp. 102 y ss.; MARCHI, *op. cit.*, p. 247; GIRARD, *op. cit.*, Nt. 2, p. 486. Por el contrario, MAGDELAIN, afirma que «dicha *legis actio sacramenti in personam* se trata de un procedimiento *periculoso* utilizado por *inter enemigos*, siendo, por definición los sponsales, un acto *inter amicos*» (*Essai sur les origines...*, *op. cit.*, p. 108).

<sup>41</sup> Vid., ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 14. Por el contrario, GENNARO, entiende que «la *sponsio* con cui il padre promette il matrimonio della figlia abbia per oggetto un *certum* costituito dal valore commerciale della donna» (*op. cit.*, p. 153). Es decir, que el valor de la cosa sería igual al valor comercial de la mujer, conclusión que encuentra su apoyo en una justificación antropológica del mundo antiguo, conforme a la que el matrimonio se concebía como un negocio totalmente comercial.

<sup>42</sup> Sobre la inexistencia de la alternativa pecuniaria en el texto de Noches Áticas, *vid.*, las aportaciones de GARCÍA QUINTAS, *op. cit.*, p. 104.

<sup>43</sup> «Spondebatur pecunia aut filia nuptiarum, appellabatur et pecunia aut filia nuptiarum causa [...]» Trad.: «Se prometía una hija o dinero con vistas al matrimonio [...]» [VARRONE, *De lingua latina*, 70-72].

<sup>44</sup> En particular, PACCHIONI da noticia de esta identificación refiriéndose a los trabajos de VOIGT y ZIMMER, en relación con las lecciones de DIRKSEN (*vid.*, «Actio ex...», *op. cit.*, p. 402).

<sup>45</sup> Vid., GARCÍA QUINTAS, *op. cit.*, p. 105.



En cualquier caso, se prevé, en principio, la existencia de la *actio ex sponsu*, debido a la contradicción que suponía el concepto de matrimonio para los romanos con la entidad de este recurso procesal. Aunque, podría haber resultado menos radical suponer que ésta existió y, que su inexistencia o equivalente en las fuentes o textos se debió a la decadencia paulatina que sufrió la fuerza obligatoria de los esponsales, pudiendo haberse articulado -esta acción- a través de un proceso en el que la condena no fuera necesariamente pecuniaria, debido tanto a la proveniencia del «fas» como al carácter solemne de la «sponsio» –calidad de la que también habrían gozado los esponsales-.

Asimismo, la utilización de los esponsales hasta la *Lex Iulia civitate* - conforme al pasaje citado- que permite la posibilidad de que la *actio ex sponsu* hubiera tenido dicha vigencia<sup>46</sup>, se justifica en que al hacer el texto referencia en todo momento al Derecho de la región del Lacio –aunque se pueda identificar con Roma-, éste no tuvo por qué haber tenido el mismo desarrollo temporal que el de la «civitas», siendo plausible que la «sponsio» tuviese para los latinos un progreso más lento que para los romanos<sup>47</sup>.

En virtud de lo dicho, está argumentada la afirmación que sostiene que, la problemática originada tras el estudio de la valoración del daño por el «iudex» desaparece con el pasaje de VARRÓN<sup>48</sup>. Pasaje considerado por los romanistas como uno de los más relevantes en los esponsales de la época preclásica<sup>49</sup>.

Esta coexistencia de textos que dio origen a diversas controversias doctrinales, originó la necesidad de establecer su concordancia cronológica.

---

<sup>46</sup> Vid., PACCHIONI, «Actio ex...», *op. cit.*, p. 402.

<sup>47</sup> Vid., GARCÍA QUINTAS, *op. cit.*, p. 106.

<sup>48</sup> Cfr., [VARRONE, *De lingua latina*, 70-72].

<sup>49</sup> Vid., ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, pp. 24 y ss.; KASER, Max: *Das römische Privatrecht*, I, München, 1955, pp. 75-76; MAGDELAIN, *Essai sur les origines...*, *op. cit.*, pp. 99 y ss.; GAUDIMET, *L'originalité des...*, *op. cit.*, pp. 82 y ss.

De este modo, la doctrina<sup>50</sup> de la época se hizo eco de que en un principio los esponsales se realizaban con una única «sponsio» –concretada en dar a la hija- de cuyo incumplimiento eran competentes los Censores. Sería con el transcurso del tiempo y a fuerza del uso cuando se añadiría una «stipulatio poenae», conforme a la cual el juicio censorio sería inútil, debido a la absolción del paterfamilias por el magistrado a causa de que éste se había reservado la facultad de rechazar la promesa de matrimonio referida a la entrega de la hija por la «stipulatio poenae». De esta forma al pasar al juicio pretorio, se producía la condena pecuniaria de cuantía igual a la cantidad prometida en los esponsales<sup>51</sup>.

En suma, las diferencias principales entre ambos pasajes se concretaron en las siguientes:

De un parte, se especificó que en Noches Áticas 4, 4 se exponía que el valor pecuniario de la prestación era desconocido *a priori* para el Juez, mientras que en el pasaje de VARRÓN se afirmaba que en el momento de celebrar los esponsales los sujetos prometían a la vez que la «filiafamilias» una determinada cantidad de dinero «Spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa<sup>52</sup>», pero no se concretaba cuál era la naturaleza jurídica que presentaba dicha cantidad.

En síntesis, aunque con esta indefinición se dio lugar a las siguientes hipótesis: Qué se tratase de dos estipulaciones entre sí independientes<sup>53</sup> (aquella con la que se prometía el consentimiento al matrimonio o aquella penal) o, con una única «stipulatio poenae» sujeta a una condición suspensiva

---

<sup>50</sup> *Vid.*, en este sentido, entre otros, ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, pp. 20 y ss.; ALBANESE, «Brevi studi...», *op. cit.*, pp. 150 y ss.

<sup>51</sup> *Vid.*, GARCÍA QUINTAS, *op. cit.*, pp. 107-108.

<sup>52</sup> «[...] se prometía dinero o una hija con vistas al matrimonio [...]» [VARRONE, *De lingua latina*, 70-72].

<sup>53</sup> Esta existencia de cláusula penal sería posible, debido a que el texto se sitúa temporalmente en la época preclásica. Esta posibilidad se recoge –aunque no se señala para el caso de esponsales- en [Inst. 3, 15, 7]. *Vid.*, también, ALBANESE, *Il proceso privato...*, *op. cit.*, pp. 102 y ss.; ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

(se prometía la suma de dinero si no se daba el consentimiento al matrimonio) o, qué se tratase de una <sponsio> con objeto alternativo (se prometía el matrimonio o el montante pecuniario)<sup>54</sup>, lo cierto es que del pasaje de VARRÓN se atestigua que la suma de dinero se encontraba prometida a causa del matrimonio a título de pena<sup>55</sup>.

La segunda diferencia se centra en las consecuencias derivadas para el supuesto del incumplimiento de los esponsales. Así, en Noches Áticas 4, 4<sup>56</sup> se afirmaba que el competente para dirimir el litigio era el Juez, mientras que en el texto de VARRÓN<sup>57</sup> y en otras fuentes<sup>58</sup> también se hacía referencia al Censor.

Esta diferencia dio origen al establecimiento de la coincidencia existente entre dichos juicios, de modo que la promesa esponsalicia descrita por VARRÓN creaba un vínculo de doble naturaleza y ante un posible incumplimiento presentaba dos recursos: el pretorio y el censorio. Recursos que estaban destinados, respectivamente, a juzgar la posible exigibilidad del dinero prometido al mismo tiempo que la <filiafamilias> -por *ius civile*- y, a considerar la adecuación o no del incumplimiento a los <mores>.

<sup>54</sup> Son de esta opinión, entre otros, KASER, *op. cit.*, Nt. 33, p. 76; MAGDELAIN, André: «Aspets arbitraux de la justice civile archaïque à Rome», in *RIDA*, 3.<sup>o</sup> s. 27, 1980, p. 222.

<sup>55</sup> En este sentido, MAGDELAIN, habla de una cantidad de dinero ofrecida a título de pena o de resarcimiento (*vid.*, «Aspets arbitraux...», *op. cit.*, p. 222).

<sup>56</sup> «[...] Sed si post eas stipulationes uxor non dabatur aut non ducebatur, qui stipulabatur, ex sponsu agebat. Iudices cognoscebant. Iudex quamobrem data [...]» Trad.: «[...] Pero si tras estas garantías la esposa no era entregada o no era llevada al matrimonio por el prometido, quien había ofrecido garantías podía emprender una acción judicial <ex sponsu>. Los jueces entendían del asunto. El juez preguntaba por qué razón no había sido entregada o aceptada [...]» [GELLIUS, Noctes Atticae 4, 4 (SERVIO SULPICIUS, *in libro dotibus*)].

<sup>57</sup> «[...] Quod tum et praetorium ius ad legem et censorium iudicium ad aequum existimabatur [...]» Trad.: «[...] aquéllo que el pretor juzgaba de acuerdo con el derecho y con la ley, el pretor lo estimaba con base en la equidad [...]» [VARRONE, *De lingua latina*, 70-72].

<sup>58</sup> Cfr., [D. 3, 2, 1 (JULIANUS, *libro I, ad Edictum*)]; [D. 3, 2, 11, 3-4 (ULPIANUS, *libro VI, ad Edictum*)]; [D. 3, 2, 13, 1-2-3-4 (ULPIANUS, *libro IV, ad Edictum*)].

Frente a esta problemática y, con la finalidad de esclarecer la relación existente entre los recursos antes descritos, hay dos posibles soluciones aportadas por ASTOLFI<sup>59</sup>:

a) Que se tratasen de recursos acumulativos. De modo que al recurso pretorio se le adhiriese el censorio<sup>60</sup> o,

b) de recursos alternativos. Esta solución comportaba que la utilización de uno de los recursos eliminara la posibilidad de la utilización del otro.

Por otra parte, respecto a la *actio ex sponsu*, en Noches Áticas 4, 4 se mencionaba de forma explícita, mientras que VARRÓN la señalaba de forma indirecta. De modo que el autor afirmaba: «Que si alguien lo dice en broma, no puede llevarse en juicio tomando como motivo su promesa»<sup>61</sup>.

En definitiva, ambos pasajes describen unos sponsales semejantes, pero con la disparidad de la problemática concretada en el «incertum» en relación a la valoración que debía practicar el Juez, con la finalidad de estimar el incumplimiento o no de la promesa de los sponsales. Asimismo, la escasez e incerteza de las fuentes que evidencia que la existencia de la *actio ex sponsu* es de origen muy antiguo, se justifica en el testimonio que de dicha acción da GELIO donde SERVIO habla de ella como de una curiosidad histórica.

En suma, la «sponsio» sobre la que se basaban los antiguos sponsales era un instrumento reconocido y protegido por el Derecho a través de una acción especial, cuya finalidad radicaba en obtener del Juez el cumplimiento de la obligación o de la pena por el incumplimiento de la promesa

---

<sup>59</sup> *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

<sup>60</sup> En este sentido, ALBANESE, Bernardo (en «Verbis obligatio e sponsalia in Varrone», dans *Brevi studi di Diritto romano*, in *AUPA*, n. 43, 1992, p. 134) entiende que «los sponsales son un acto complejo, de un lado, de «*ius civile*» con sanción civil y, de otro, de Derecho religioso, debido a que incluyen una ceremonia religiosa».

<sup>61</sup> «[...] si iocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu [...]» [VARRONE, *De lingua latina*, 70-72].

esponsalicia. Será con posterioridad -en el Derecho clásico- cuando los esponsales perderán completamente la forma primitiva de coacción e, incluso se prohibirá establecer condición alguna que tenga como pretensión última la de obligar contraer el futuro matrimonio.

## 2. ÉPOCA CLÁSICA

### A. El «nudus consensus»

El régimen mantenido en la época anterior sería abandonado después de la exclusión de la eficacia vinculante de los esponsales por los romanos. La antigua «sponsio» no fue sustituida por otra formalidad, por lo que en la época clásica no era necesaria una forma especial para los esponsales y, en consecuencia, quedaron desprovistos de forma<sup>62</sup>. De modo que a partir del último Siglo de la República el compromiso venía estipulado de forma informal, siendo suficiente para su constitución la mera voluntad de los novios, la cual se podía expresar de forma libre<sup>63</sup>.

En suma, en esta época, aunque se conservaba el nombre de «sponsalia» -esponsales- para indicar la promesa de matrimonio, dicho acto perdió su carácter vinculante quedando relegado al ámbito de los hechos de la vida social y moral<sup>64</sup>. La promesa quedó circunscrita a un simple consentimiento no formal que no creaba vínculo jurídico alguno -en el sentido de estar tutelado por una «actio»-. De modo tal, que podía ser disuelta libremente y no era constitutiva del matrimonio prometido, aunque

---

<sup>62</sup> Sobre la inexistencia de forma, *vid.*, ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio: *Derecho Privado Romano*, editor Genal, Madrid, 2007, p. 201; MIQUEL, *op. cit.*, p. 357; TORRENT RUIZ, Armando: *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1987, p. 539.

<sup>63</sup> *Vid.*, FAYER, *op. cit.*, p. 58; ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 55.

<sup>64</sup> En este sentido, ASTOLFI, dice que «in età classica la sponsio diviene illecita e non vi è più obbligo di sposare. Perciò il fidanzamento cessa, sostanzialmente, di contare per il diritto, e i suoi effetti sono, prevalentemente, di natura etico-sociale» (*Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 57).

el mismo Derecho clásico conectaba a los esponsales algunos efectos jurídicos que en parte eran análogos a los del matrimonio<sup>65</sup>.

Por tanto, para que tuviera lugar el compromiso era suficiente el «nudus consensus», es decir, el consentimiento simple sin formalidad alguna<sup>66</sup>, ULPIANO [D. 23, 1, 4, pr.] dice: «Basta el nudo consentimiento para constituir los esponsales»<sup>67</sup>. Este compromiso que quedó reflejado por la definición que teniendo en cuenta esta nueva realidad FLORENTINO [D. 23, 1, 1, pr.] dio: «Los esponsales son mención<sup>68</sup> y promesas de futuras nupcias»<sup>69</sup>

---

<sup>65</sup> Vid., ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *op. cit.*, p. 201; MIQUEL, *op. cit.*, p. 357; FERNÁNDEZ BARREIRO y PARICIO SERRANO, *op. cit.*, p. 18; TORRENT RUIZ, *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 539; SCHULZ, Fritz: *Derecho Romano Clásico*. Traducción directa de la edición por José SANTA CRUZ TEIGEIRO, Bosch, Barcelona, 1960, p. 105; BERNARD MAINAR, Rafael: *Derecho Romano. Curso de Derecho Privado Romano*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2001, p. 528.

<sup>66</sup> Así, ASTOLFI, afirma que «il consenso può essere espresso con qualsiasi dichiarazione o con un comportamento qualsiasi» (*Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, pp. 53 y 67). En la misma línea, FERRETTI, sostiene que «per costituire gli sponsali in età classica è sufficient il nudo consenso» (*Le donazioni...*, *op. cit.*, p. 21); «Doni fatti a causa di promessa di matrimonio. Prospettiva storico-comparatistica», in *Labeo*, n. 45, 1999, p. 84 y, «Le donazioni tra fidanzati nella...», 2002, *op. cit.*, p. 165 y, *vid.*, las aportaciones de VOICI, Pasquale: *Istituzioni di Diritto romano*, Dott. A. Giufrè editore, Milano, 1996, 5.ª ed., p. 531; SCARCELLA, Agatina Estefania: «Libertà matrimoniale e stipulatio poenae», in *SDHI*, n. 66, 2000, pp. 147-164.

<sup>67</sup> «-Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia» [D. 23, 1, 4 (ULPIANUS, *libro XXXV, ad Sabinum*)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, Primera parte, Digesto, T. II, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, p. 110).

<sup>68</sup> El término «mentio» es ciertamente clásico: PLAUTUS, *Aulularia*, 2, 2, 27; 4, 7, 4; *Liv*, 29, 23, 3. Según la opinión común «sta in luogo di «conventio» a vale per «conventio». Preferible es la opinión que «mentio y repromissio» significaban «propuesta e promessa», *vid.*, en este sentido, PEROZZI, Silvio: *Istituzioni di Diritto romano. 1. Introduzione. Diritto delle persone. Le cose e i diritti delle cose. Il possesso*, Casa editrice Dott-Francesco Vallardi, Milano, 1928, 2.ª edición ripedita ed ampliata (reintegración 1947), p. 354; DI MARZO, Salvatore: *Lezioni sul matrimonio romano*, edición anastática, L'erma di Bretschneider, Roma, 1972, p. 8.

<sup>69</sup> «-Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum» [D. 23, 1, 1 (FLORENTINUS, *libro III. Institutionum*)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, Primera parte, Digesto, T. II, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, p. 110). En doctrina, BORRELLI, Paola (en «Il divieto di matrimonio tra tutore e pupilla», in *Labeo*, n. 43, 1997, p. 381) dice que «la definizione dell'istituto degli sponsalia si trova in D. 23, 1, 1» y, añade que «un'altro frammento a cui è possibile fare riferimento è D. 23, 1, 2». Asimismo, VOLTERRA, sostiene que «l'etimologia contenuta nell D. 23, 1, 3 confrontata con i passi di GELLIO e VARRONE, dimostra che FIORENTINO anche nell D. 23, 1, 1 si occupava degli antichi

define los esponsales como un acuerdo bilateral no formal para contraer matrimonio en el futuro<sup>70</sup>.

En definitiva, esta nueva configuración del compromiso establecido en la época clásica primero con FLORENTINO quien tras describir el asunto entorno al Siglo II d. C., continuó mencionando a propósito del cambio de la promesa de los esponsales una interrogación y una respuesta, pero sin hacer alusión alguna a una «stipulari» y a una «spondere», lo cierto es que sería con posterioridad, ULPIANO quien establecería -de forma expresa- que bastaba el nudo consentimiento para la constitución de los esponsales, aclarando que el consentimiento de los futuros esposos no requería una forma particular y, admitiendo la validez de un compromiso concluido por medio de intermediario<sup>71</sup>.

---

sponsali» («Ricerche intorno agli sponsali...», *op. cit.*, Nt. 4, p. 344). Por su parte, SACCHI, Osvaldo (en «A proposito di «sponsalia»». Recensione al secondo volumen di Ricardo ASTOLFI, *Il fidanzamento nel Diritto romano*, 2, Padova, 1992, in *Labeo*, n. 40, 1994, p. 267) afirma que «il collegamento con il matrimonio -inteso nel senso enunciato in D. 23, 1, 1- pur operante già all'età di SERVIO, non è questo necessariamente originario». *Vid.*, también las argumentaciones de FERRETTI, «Doni fatti a causa di promessa...», *op. cit.*, Nt. 35, p. 84; SCARCELLA, *op. cit.*, p. 157; FONTANA ELBOJ, Gonzalo: «Sponsio matrimonial en la Roma antica: el vaso de duenos», in *RIDA*, n. 43, 1996, p. 250.

<sup>70</sup> En este sentido, ASTOLFI matiza la diferencia en el uso de los términos entre la descripción del compromiso basado en la «sponsio» y la descripción del compromiso clásico, al decir que «nell primo [D. 23, 1, 1] si definisce la *sponsalia* e quando la giurisprudenza usaba il verbo *stipulari* per indicare la richiesta de matrimonio, e la promessa che seguiva alla richiesta, con il verbo *spondere*; invece FIORENTINO, per descrivere il fidanzamento qual è ai suoi tempi, impiega la parola *mentio* al posto del verbo *stipulari* e la parola *repromissio* al posto del verbo *spondere*. Infatti ai suoi tempi, il fidanzamento è ancora formato da una richiesta di matrimonio e da una corrispondente risposta affermativa, cioè dall'incontro di due volontà, ma non riveste più la forma specifica della *sponsio*» (*Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 68) y, *La Lex iulia et Papia*, Cedam, Padova, 1996, 4.<sup>a</sup> ed., pp. 68-69. En la misma línea, FERRETTI, dice que «FIORENTINO descrive gli sponsalia al presente e li descrive como la proposta e correlative promessa di nozze future, scambiante senza alcuna formalità». Aunque, añade que «gli sponsali si configurano come un atto fondato essenzialmente sul consenso delle parti (una proposta e la sua accettazione) e non assumono più la forma della *stipulatio-sponsio*» (*Le donazioni...*, *op. cit.*, p. 21).

<sup>71</sup> *Vid.*, BALESTRI FUMAGALLI, voce «Sponsali...», *op. cit.*, p. 502; SCARCELLA, *op. cit.*, p. 147.

## B. Consecuencias de la inexistencia de forma

La inexistencia de formalidad en la manifestación del consentimiento en los esponsales, dio origen a los siguientes presupuestos:

De una parte, para la constitución de los esponsales era suficiente la mera voluntad de los novios -la cual se podía expresar de forma libre-, comportando la innecesaridad de la presencia de testigos o de documentos escritos, por lo que al no requerir necesariamente de la presentación de pruebas, se originó la posibilidad de que las partes pudieran libremente hacerlo o no<sup>72</sup>. En este sentido, PAULO dice:

«En los esponsales nada importa que se interponga atestación, ó que alguno prometa sin escritura»<sup>73</sup>.

Por otra parte, permitía que los novios se pudieran prometer por medio de persona interpuesta, comportando la existencia de dos casos claramente diferenciados: De una parte, el supuesto en el que el intermediario «nuntius» o «internuntius» fuese el encargado de transmitir el consentimiento a la persona elegida -actuando como instrumento portador de una voluntad ya definida y completa-; De otra, el caso en que el intermediario tuviese el poder de decidir si se contraía el compromiso y con quién, supuesto en el que actuaba como representante de la persona que se prometía.

Estos supuestos en los que no había diferencia entre dar el propio consentimiento -coram- o transmitírselo a la persona elegida a través de intermediario o carta -per internumtium vel per epistulam-, se justifican en

---

<sup>72</sup> Así, VOCI, Pasquale (en *Studi di Diritto Romano*. Pubblicati a cura della facolta di giurisprudenza dell'Università di Padova, II, Padova, Cedam, 1985, p. 404) dice que: «Gli sponsali sono privi di forme». En la misma línea, *vid.*, FERRETTI, «Doni fatti a causa...», *op. cit.*, Nt. 35, p. 84.

<sup>73</sup> «-In sponsalibus nihil interest, utrum testatio interponatur au aliquis sine scriptura spondeat» [D. 23, 1, 7, pr. (PAULUS, *libro XXXV, ad Edictum*)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, Primera parte, Digesto, T. II, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, p. 110).



que la voluntad expresada era de la persona con la que se prometía, formalizándose el compromiso directamente por él *-per se-*, ULPiano [D. 23, 1, 18, pr.] dice:

«En la constitución de los esponsales poco importa si esto se hizo personalmente y presentes las partes, ó por medianero, ó por carta [...]»<sup>74</sup>.

En todo caso, los supuestos en los que el intermediario tuviese la discrecionalidad de decidir en la constitución de los esponsales, siendo su voluntad en última instancia la que se pusiese de manifiesto, eran considerados como aquéllos en los que el compromiso se producía a través de otro *-per alium-*, debido a que éste era el que establecía las condiciones - «[...] et fere plerumque condiciones interpositis personis expediuntur»-<sup>75</sup>. Supuestos que como bien recuerda ULPiano eran muy difusos en Roma. En estas circunstancias el compromiso era considerado inválido, salvo que estuviese ratificado por el representado después de haberlo conocido y validado<sup>76</sup>, por tanto, era necesario el consentimiento de la persona representada e, incluso más necesaria la ratificación, si el representante había actuado por iniciativa propia, como podía ocurrir en caso de parientes o amigos de los futuros novios<sup>77</sup>.

Dos son los pasajes que recogen aspectos de interés en cuanto al ámbito de la posibilidad de contraer esponsales entre ausentes y la

<sup>74</sup> «-In sponsalibus constituendis parvi refert, per se et coram, an per internuntium, vel per epistolam, [...]» [D. 23, 1, 18, pr. (ULPIANUS, *libro VI, ad Edictum*)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, Primera parte, Digesto, T. II, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, p. 111).

<sup>75</sup> Trad.: «[...] ó por otro, y casi las más de las veces se conciertan las condiciones mediando otras personas» [D. 23, 1, 18, pr. (ULPIANO, *Comentarios al Edicto, libro VI*)] (Ibídem).

<sup>76</sup> Respecto a la ratificación del compromiso por el representado, VOCI, afirma que: «Gli sponsali possono essere conclusi dagli sposi o da altri per loro; e da questi altri su mandato o spontaneamente, salvo ratifica» (*Studi di Diritto...*, *op. cit.*, p. 404). En la misma línea, *vid.*, FAYER, *op. cit.*, p. 59; ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 69.

<sup>77</sup> Así, FAYER, sostiene que «[...] i fidanzamenti erano conclusi generalmente da parenti ed amici dei futuri sposi, ma in questo caso, per la loro validità, era necessario che le persone per cui l'intermediario agiva ne fossero al corrente oppure li convalidassero in un secondo momento» (*op. cit.*, p. 60) y, *vid.*, ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, pp. 69-70.

necesaria y ulterior ratificación de éstos para su validez. Son, de una parte, el texto de ULPIANO<sup>78</sup> y, de otra, el posterior de POMPONIO<sup>79</sup>, ambos (de Comentarios a SABINO).

En el primero de ellos, ULPIANO, enuncia la regla de que el consenso se encontraba privado de forma, al decir: «Basta el nudo consentimiento para constituir los esponsales»<sup>80</sup> y, pone de manifiesto en el párrafo primero de dicho pasaje la posibilidad de que los ausentes pudiesen contraer esponsales por medio de intermediario. Esta posibilidad que acarrea otra consecuencia derivada de la libertad de forma consistente en asegurar la legalidad del compromiso contraído por los ausentes en el que hubiese mediado intermediario, quedaba salvada por la condición prevista por POMPONIO, de que los interesados tuviesen constancia del compromiso o que lo ratificasen posteriormente<sup>81</sup>.

En definitiva, POMPONIO elimina la ilegalidad del compromiso de los esponsales contraídos por intermediario, requiriendo para la validez del acto su ratificación. Esta condición que se podía verificar en el supuesto de que el intermediario fuese un mero portavoz del novio, podía quebrar en caso de que el intermediario fuese un representante de aquél.

Los supuestos en los que podía tener lugar esta última situación y en los que si dicha condición no se verificaba el compromiso era nulo y, en consecuencia, necesaria su ulterior ratificación, se concretan en los siguientes:

---

<sup>78</sup> «-1. Denique constat, et absenti absentem desponderi posse, et hoc quotidie fieri» Trad.: «Finalmente consta que también el ausente puede contraer esponsales con otro ausente, y que esto se hace todos los días» [D. 23, 1, 4, 1 (ULPIANUS, *libro XXXV, ad Sabinum*)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, Primera parte, Digesto, T. II, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, p. 110).

<sup>79</sup> «-Haec ita, si scientibus his, qui absint, sponsalia fiant, aut si postea ratum habuerint» Trad.: «-Esto así, si los esponsales se hicieran sabiéndolo los que estén ausentes, ó si después los hubieren ratificado» [D. 23, 1, 5 (POMPONIVS, *libro XVI, ad Sabinum*)] (Ibídem).

<sup>80</sup> Cfr., [D. 23, 1, 4 (ULPIANUS, *libro XXXV, ad Sabinum*)].

<sup>81</sup> Cfr., [D. 23, 1, 5 (POMPONIVS, *libro XVI, ad Sabinum*)].

a) Aquél en que el intermediario recibiera un encargo genérico, de forma que tuviese la facultad no de contraer un determinado compromiso, sino cualquier otro y,

b) aquél otro en que hubiese tomado la iniciativa sin haber recibido el encargo<sup>82</sup>.

En cualquier caso hay que tener presente que al no consistir el acto en una promesa formal única o doble, sino en una convención consensual «nudus consensus» se podía celebrar de forma verbal o por escrito y, realizar entre presentes o ausentes, ya fuera con conocimiento del ausente o con su ulterior ratificación e, incluso por medio de un «nuntius».

### C. El requisito de la edad

En el Derecho clásico no se fijaba la edad en que se preveía la madurez intelectual necesaria para comprender el valor del compromiso de los esponsales, a diferencia de lo que ocurría en la etapa de JUSTINIANO, en la que ésta se encontraba fijada en los siete años<sup>83</sup>. Por tanto, no se preveía límite de edad alguno para celebrar los esponsales –contrariamente a lo que ocurría en el matrimonio-, por lo que éstos podían tener lugar, entre personas de cualquier edad<sup>84</sup>, incluso impúberes<sup>85</sup>, siempre que tuviesen la capacidad de comprender el acto que iban a realizar<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> Vid., ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>83</sup> Un precedente de la norma se encuentra en [C. Th. 8, 18, 1, 8].

<sup>84</sup> En este sentido, ASTOLFI, recuerda como ejemplo el hecho de que la niña podía tener menos de diez años (*vid.*, *La Lex iulia...*, *op. cit.*, p. 7). También, [D. 23, 1, 9 (ULPIANUS, *libro XXXV, ad Edictum*)]: «Quaesitum est apud Iulianum, an sponsalia sint ante duodecimum annum, si fuerint nuptiae colatae. Et semper Labeonis sententiam probavi existimantis, si quidem praecesserint sponsalia, durare ea, quamvis in domo loco nuptae esse cooperit; si vero non praecesserint, hoc ipso, quod in domum deducta est, non videri sponsalia facta; quam sententiam Papinianus quoque probat» Trad.: «Preguntase Juliano, si haya esponsales antes del duodécimo año, si se hubieren concertado las nupcias. Y siempre aprobé la opinión de Labeon, que cree, que si verdaderamente hubieren precedido los esponsales, subsisten estos, aunque la mujer haya comenzado a estar en la casa en calidad de casada; pero que si no hubieren precedido, por esto mismo, porque fue llevada á la casa, no se consideran contraídos los esponsales, cuya opinión aprueba también Papiniano» (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, Primera parte, Digesto, T. II, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, p. 110).

En este sentido, MODESTINO indica la diferencia entre contraer matrimonio y esponsales. Diferencia que radicaba en la edad que se imponía a los contrayentes para que la relación contraída fuera válida.

Los concretos términos en que se presenta el fragmento, son los siguientes:

«Para contraer esponsales no está definida la edad de los contrayentes, como para los matrimonios; por lo cual, pueden contraerse esponsales aún desde la primera edad, con tal que se entienda que esto se hace por una y otra persona, esto es, si no fueran menores de siete años»<sup>87</sup>.

De este modo, para contraer esponsales la edad de los contrayentes estaba determinada por diversos criterios que eran utilizados para establecer la edad mínima de los cónyuges. Mientras que para contraer matrimonio la edad mínima de los cónyuges estaba establecida por la pubertad, es decir, la edad donde se alcanzaba un desarrollo físico e intelectual completo<sup>88</sup>.

En síntesis, en la época de MODESTINO, la edad mínima podía variar de un menor a otro, mientras que en el caso del matrimonio regía la edad fijada

---

<sup>85</sup> «-Sponsalia tam inter puberes quam inter impuberes contrahi possunt» Trad.: Los esponsales podían ser contraídos entre púberes y entre impúberes [PAULO, Sent. 2, 19, 1]. En relación a los impúberes, cabe distinguir entre los infantes y los infantes mayores. Esta distinción radica en que los primeros a diferencia de los segundos todavía no sabían hablar.

<sup>86</sup> Sobre este extremo, VOCI afirma que «non si richiede agli sposi l'età nuziale: basta que abbiamo superato l'infanzia, e altri li concluda con loro» (*Instituzioni di Diritto...*, *op. cit.*, p. 532). También, *vid.*, las aportaciones en esta materia de SOLAZZI, Siro: «Le nozze della minorenne», in *Atti della R. Accademia delle Scienze di Torino*, 51, Torino, 1916, p. 761.

<sup>87</sup> «-In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est, ut in matrimoniis; quapropter et a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intelligatur, id est, si non sint minores, quam septem annis» [D. 23, 1, 14 (MODESTINUS, *libro IV, Differentiarum*)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, Primera parte, Digesto, T. II, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, p. 111).

<sup>88</sup> *Vid.*, ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 59.

en la pubertad -doce años para las niñas y catorce años para los niños-. Se establece con un criterio diverso, debido a la inexistencia de un número fijo de años, aspecto que sí estaba señalado para el supuesto de los cónyuges.

De lo anterior se destaca que son especialmente singulares las consecuencias de la falta de edad fijada, puesto que posibilitaba que los esponsales pudiesen ser contraídos incluso por niñas en sus primeros años de vida, a las que se les requería únicamente la capacidad necesaria para comprender el significado del acto que iban a realizar<sup>89</sup>. Este requerimiento en la práctica fue meramente formal, sobre todo si la prometida se trataba de una niña de corta edad, debido a que se consideraba suficiente con que ésta supiese hablar.

De lo dicho, llama la atención la contradicción que presenta este fragmento, debido a que al inicio de éste MODESTINO dice que para contraer los esponsales no está definida la edad de los contrayentes «[...] aetas contrahentium definita non est [...]» -contrariamente a lo establecido en el matrimonio, en el que se exigía una edad mínima, determinada por la pubertad-, mientras que al final del fragmento indica que también para los esponsales viene indicada una edad mínima cifrada ésta en el cumplimiento de los siete años<sup>90</sup> «[...] id est, si non sint minores, quam septem annis», es decir, que con ello se refiere a que deben ser <infantes maiores><sup>91</sup>, pero que no sean <sui iuris>.

---

<sup>89</sup> En este sentido, BALESTRI FUMAGALLI, Marcella (en «Note minime sulla speranza», in *SDHI*, n. 61, 1995, p. 505) sostiene que «MODESTINO al señalar el diverso régimen aplicado al matrimonio, escribió que los esponsales podían ser concluidos <etiam a primordis aetatis>, porque las partes estaban en situación de comprender el valor del acto que iban a llevar a cabo».

<sup>90</sup> En la misma línea, DI MARZO añade que «MODESTINO appunto che per gli sponsali non era stabilita un'età como pei matrimoni, potendosi contrarre tostochè i futuri coniugi fossero in grado di rendersi conto dell'atto che compivano. Ma conclude che tale capacità si acquista dopo compiuti i sette anni» (*op. cit.*, p. 11).

<sup>91</sup> VOGLI, dice que «in sostanza si estende la regola che vale per gli atti del pupillo infantia maior» (*Instituzioni di Diritto...*, *op. cit.*, Nt. 6, p. 532). *Vid.*, también SERAFINI, Felipe: *Instituciones de Derecho Romano*, versión española de la sexta edición italiana y comparación con el Derecho civil español, general y especial de Cataluña, por D. Juan DE DIOS TRÍAS, T. I, José Espasa Editor, Barcelona, 1927, p. 248; BIONDI, Biondo: *Instituzioni di Diritto Romano*, ristampa inalterata della 4.<sup>a</sup> edizione ampliata ed aggiornata, Dott. A.

Esta evidente contradicción en la que incurre MODESTINO ha sido salvada por la doctrina mayoritaria al afirmar que la última frase del fragmento –antes citada– no puede serle atribuida a éste, debido a su posible interpolación, conforme a la dificultad que presenta la posibilidad de prever que este plazo hubiese sido fijado por aquél, acorde a la afirmación previa que hace al decir que: «Para contraer esponsales no está definida la edad de los contrayentes, como para los matrimonios»<sup>92</sup>.

En definitiva, este último párrafo añadido por las Pandectas de JUSTINIANO<sup>93</sup>, fijaron en siete años cumplidos el término de la infancia, siguiendo un criterio que en el periodo postclásico se había comenzado a utilizar<sup>94</sup>. Periodo que a diferencia del clásico, sí exigía para los esponsales que los futuros cónyuges hubieran cumplido la edad de siete años<sup>95</sup>.

---

Giuffrè editore, Milano, 1972, p. 134; GUZMÁN BRITO, Alejandro: *Derecho Privado Romano*, T. I, Barcelona, 1996, p. 335.

<sup>92</sup> Cfr., [D. 23, 1, 14 (MODESTINUS, *libro IV, Differentiarum*)].

<sup>93</sup> Sobre esta interpolación, *vid.*, DI MARZO, *op. cit.*, p. 11; FAYER, *op. cit.*, pp. 74-75; VOCI, *Studi di Diritto...*, *op. cit.*, Nt. 33, p. 405; VOLTERRA, Eduardo: «Sul consenso della filiafamilias agli sponsali», in *Scritti giuridici. I. Famiglia e successioni*, con una nota di Mario TALAMANCA, Jovene editore, Napoli, 1991, Nt. 1, p. 294 y, «Ricerche intorno agli sponsali...», *op. cit.*, Nt. 3, p. 352; ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 59. Por su parte, SOLAZZI, Siro (en «Le nozze della minorene», in *Scritti di Diritto romano*, 2, Napoli, 1957, Nt. 25. 3, p. 155) entiende «interpolata la legge in questione non solo nell'inciso finale *<id est si non sint minores quam septem annis>*, ma anche nella frase precedente *si modo-intellegatur*».

<sup>94</sup> «-2. Sufficit tutoribus ad plenam defensionem, sive ipsi iudicium suscipiant, sive pupillus ipsis auctoribus; nec cogendi sunt tutores cavere, ut defensores solent. Licentia igitur erit, utrum mallint ipsi suscipere iudicium, an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus iudicium suscipiatur, ita tamen, ut pro his, qui fari non possunt vel absint, ipsi tutores iudicium suscipiant, pro his autem, qui supra septimum annum aetatis sunt et praesto fuerint, auctoritatem praestent» Trad.: «-2. Basta á los tutores para la plena defensa, ó que ellos mismos acepten el juicio, ó que con la autoridad de los mismos lo acepte el pupilo; y no han de ser obligados los tutores á dar caución, como suelen serlo los defensores. Tendrán, pues, facultad para aceptar el juicio, si ellos lo prefiriesen, ó para exhibir el pupilo, á fin de que con la autoridad de ellos mismos acepte el juicio, pero de suerte que por los que no pueden hablar ó estén ausentes acepten el juicio los mismos tutores, más por los que son de más de siete años de edad, y estuvieren presentes, presten su autoridad» [D. 26, 7, 1, 2 (ULPIANUS, *libro XXXV, ad Ediptum*)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, Primera parte, Digesto, T. II, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op.*

#### D. El consentimiento del <paterfamilias>

En caso de que los novios fueran <alieni iuris> –púberes o impúberes-, también era requerido el consentimiento del <paterfamilias><sup>96</sup>, debido a que al ser el compromiso una promesa de matrimonio éste debía ser exigido por la misma persona de la que era requerido para el matrimonio<sup>97</sup>.

Tres son los pasajes, todos de la época clásica, los que recogen aspectos de interés, en cuanto al requerimiento del consentimiento de las partes. De una parte, los textos de PAOLO<sup>98</sup> y, de otra, el posterior de JULIANO<sup>99</sup>. En este último, se confirma lo mencionado por los pasajes de PAOLO.

---

*cit.*, p. 248) y, *vid.*, [C. Th. 8, 18, 8 (IMPPP. ARCADIUS, HONORIUS ET THEODOSIUS, *AAA. ANTHEMIO P. P.*)].

<sup>95</sup> En este sentido, BIONDI, sostiene que: «Questo limite fu introdotto nella legislazione post-classica in ordine all'acquisto della bonorum possessio [C. Th. 8, 18, 8 del 407] dell'eredità [C. I. 6, 30, 18 del 426]» (*Instituzioni di Diritto...*, *op. cit.*, p. 134) y, *vid.*, DI MARZO, *op. cit.*, p. 11; VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 655; ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *op. cit.*, p. 210; BALESTRI FUMAGALLI, Marcella: voce «Sponsali (Diritto romano)», in *Enc. dir.*, n. 43, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1990, p. 505.

<sup>96</sup> En particular, VOLTERRA, añade que «no es exacta la opinión de algunos autores que sostienen que en el Derecho clásico el paterfamilias podía prescindir de la voluntad de la <filiafamilias> para constituir los esponsales» (*Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, Nt. 41, p. 655). En idéntido sentido, SERAFINI, afirma que «el padre podía desposar a su hija sometida a patria potestad, aun sin consentimiento de ella» (*op. cit.*, p. 248).

<sup>97</sup> Así, ASTOLFI, dice que: «Poichè il fidanzamento prelude al matrimonio, dovranno consentire al fidanzamento le stesse persone che consentono al matrimonio» (*Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 71).

<sup>98</sup> «-1. In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur [...]» Trad.: «-1. En los esponsales se ha de exigir también el consentimiento de aquellos de quienes se requiere en las nupcias [...]» [D. 23, 1, 7, 1 (PAULUS, *libro XXXV, ad Ediptum*)]; «-Nuptiae consistere non possunt, nisi consentient omnes, id est, qui coeunt, quorumque in potestate sunt» Trad.: «-Las nupcias no pueden subsistir si no consintieran todos, esto es, los que se unen, y aquellos bajo cuya potestad están» [D. 23, 2, 2 (PAULUS, *libro XXXV, ad Ediptum*)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, Primera parte, Digesto, T. II, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, pp. 110 y 112).

<sup>99</sup> «-Sponsallia sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt [...]» Trad.: «-Los esponsales, como las nupcias, se contraen con el consentimiento de los contrayentes [...]» [D. 23, 1, 11 (IULIANUS, *libro XVI, Digestorum*)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, Primera parte, Digesto, T. II, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, p. 111).

Por tanto, estos supuestos en los que la conclusión de los esponsales requería además del consentimiento expreso de los «sponsi» –los futuros contrayentes- el del «paterfamilias», se podían concluir de dos formas: bien los concluía el padre con el consentimiento del hijo o, por el contrario, el hijo con el consentimiento del padre. Y, a diferencia del matrimonio, no se requería que el acto fuera realizado personalmente, puesto que su importancia era menor<sup>100</sup>.

Por otra parte, conforme a la escasa relevancia que concedía el Derecho clásico a los esponsales, conviene tener presente, dos aspectos. El primero, el hecho de que por sí mismos, no creaban ningún vínculo jurídico entre los «sponsi» y los «paterfamilias» que habían prestado su consentimiento; el segundo, que se podían deshacer en cualquier momento -incluso tácitamente- sin dar lugar a consecuencias jurídicas. De ahí que la doctrina de la época no se detuviera en realizar un análisis exhaustivo sobre la naturaleza de este consentimiento, sino que se conformó solo con algunas afirmaciones genéricas sobre la necesidad del consentimiento de los «filifamilias», tanto para los esponsales como para el matrimonio<sup>101</sup>, bastando para presumir el consentimiento en caso de la «filiafamilias» su no oposición<sup>102</sup>.

En virtud de lo anterior, está justificada la afirmación que sostiene que, el consentimiento del «paterfamilias» al compromiso de la hija de familia no requería de forma expresa su formalización, sino que era suficiente con que ella no disintiese abiertamente de la voluntad manifestada por su «paterfamilias»<sup>103</sup>, ya que regía la presunción de que estaba de acuerdo si no

---

<sup>100</sup> Vid., VOCI, *Instituzioni di Diritto...*, *op. cit.*, p. 532, *Studi di Diritto...*, *op. cit.*, p. 404.

<sup>101</sup> Cfr., [D. 23, 1, 11 (IULIANUS, *libro XVI, Digestorum*)].

<sup>102</sup> Vid., VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 655.

<sup>103</sup> Así, GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús (en *Derecho Privado Romano. Casos, Acciones, Instituciones*, Editores académicas, 2008, 16.<sup>a</sup> ed. revisada, p. 158), afirma que «se requería el consentimiento de los prometidos y se presumía que había consentido la hija de familia, siempre que no mostrase claramente su disconformidad» y, *vid.*, VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 655; FAYER, *op. cit.*, p. 62; BONFANTE, *op. cit.*, p. 310; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 205; DI MARZO, *op. cit.*, p. 10.



se pronunciaba<sup>104</sup>. De esta forma, lo expresa JULIANO, refiriéndose a PAOLO, en los siguientes términos:

«1. [...] se entiende que el padre da siempre su consentimiento á la hija, si no mostrara evidentemente su disenso»<sup>105</sup>.

Por tanto, JULIANO también da importancia a la voluntad de la <filifamilias> y requiere su consentimiento no solo para la boda, sino también para los esponsales, ya que después de afirmar que los esponsales, como el matrimonio, requieren del consentimiento de los contrayentes, añade que «[...] conviene que como en las nupcias, así también en los esponsales preste su consentimiento la hija de familia»<sup>106</sup>, reconociendo la necesidad del consentimiento de la <filiafamilias>.

En suma, en materia de esponsales y de matrimonio se atribuye un cierto valor jurídico al <consensus contrahentium> -con independencia de que se trate de personas <sui iuris> o <filiifamilias>- y, en particular, al <consensus> de la <filiafamilias><sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> En este punto, FAYER, tras el análisis de [D. 23, 1, 7, 1 (PAULUS, *libro XXXV, ad Edictum*)] concluye que «se il *pater* della *filia familias* era ritenuto acconsentire al suo fidanzamento se non si fosse apertamente opposto, si deduce, a contrario che il *filius familias* doveva avere l'approvazione espressa del proprio *pater*» (*op. cit.*, Nt. 164, p. 62) y, *vid.*, en idéntico sentido, ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, pp. 71-72. Por su parte, DI MARZO dice que «la diversità di comportamento, richiesta dal diritto nei riguardi del *pater* del *filius* e del *pater* della *filia*, trova la sua giustificazione nel principio che nessuno doveva avere un *heres suus* contro la propria volontà» (*op. cit.*, p. 10). Distinta es la interpretación que da CASTELLO, Carlos (en «Legislazione constantiniana e conciliare in tema di scioglimento degli sponsali e di ratto», in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana, VII convegno internazionale (Spello-Perugia-Norcia, 16-19 ottobre 1985)*, Perugia, 1988, p. 386) al entender que «sarebbe la *filia familias* ad essere ritenuta acconsentire al fidanzamento voluto dal *pater*, se non si opponeva apertamente; ma è il *pater* che aderisce alla volontà della *filia* e non viceversa».

<sup>105</sup> «-1. [...] intelligi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Iulianus scribit» [D. 23, 1, 7, 1 (PAULUS, *libro XXXV, ad Edictum*)].

<sup>106</sup> «[...] et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiamfamilias consentire oportet» [D. 23, 1, 11 (IULIANUS, *libro XVI, Digestorum*)]. En doctrina, *vid.*, GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 158; BALESTRI FUMAGALLI, voce «Sponsali...», *op. cit.*, p. 505; FAYER, *op. cit.*, p. 62.

<sup>107</sup> *Vid.*, FAYER, *op. cit.*, p. 62.

En todo caso, conviene apuntar que la importancia reconocida en principio, por los primeros clásicos, en particular, por JULIANO sobre la voluntad de la hija de familia, sufrió una modificación en el tiempo de ULPIANO, concretamente en la época de JUSTINIANO. Época en la que este «non dissentire»<sup>108</sup> de la «filiifamilias» se debía basar en motivos justificados. En este sentido, ULPIANO sigue la afirmación de JULIANO en [D. 23, 1, 11]: «et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiam familias consentire oportet», puesto que dice: «Pero se entiende que consiente la que no se opone á la voluntad de su padre»<sup>109</sup>. Por ello, se entiende consentir a la hija si no se opone a la voluntad del padre y, éste cuando no se opone a la de la hija.

En definitiva, mediante la oposición efectuada de manera abierta por la hija de familia, ULPIANO se refería en todo momento al supuesto de que aquélla no compartiera o estuviera de acuerdo con la elección del novio efectuada por su padre<sup>110</sup>, ya que de otro modo su silencio, sabiéndolo, equivalía a su consentimiento<sup>111</sup>. Por tanto, cuando no había discrepancias entre padre e hija, se consideraba que la hija de familia, por medio de su silencio, otorgaba su consentimiento a la voluntad del padre.

Otra cuestión relacionada con la figura que se estudia, se centra en el supuesto de un «filiusfamilias» bajo la potestad del abuelo, en el que era requerido no sólo el consentimiento del abuelo «paterfamilias», sino también el del padre biológico del futuro esposo. En este punto, PAOLO en [D. 23, 2, 16, 1] (en Comentarios al Edicto) dice:

---

<sup>108</sup> [No estar en desacuerdo].

<sup>109</sup> «-Sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intelligitur» [D. 23, 1, 12 pr. (ULPIANUS, *libro singulari de Sponsalibus*)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, Primera parte, Digesto, T. II, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, p. 111).

<sup>110</sup> Por padre, cabe entender en todo momento a aquél que ostentaba la patria potestad de la hija.

<sup>111</sup> *Vid.*, VOCI, *Studi di Diritto...*, *op. cit.*, p. 405; ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 54.

«1. Al tomar mujer el nieto debe consentir también el hijo, pero si se casara la nieta, bastarán la voluntad y la autoridad del abuelo»<sup>112</sup>.

De modo que si se prometía un <filiusfamilias> sometido a la patria potestad del abuelo, para la validez del compromiso era necesario que el consentimiento fuera prestado no sólo por el abuelo, sino también por su padre natural, debido a que tras el fallecimiento del abuelo, los hijos que hubieran nacido del matrimonio contraído por el nieto, quedaban sujetos a la potestad del padre del esposo, es decir, a la potestad de su abuelo<sup>113</sup>.

En resumen, se da una gran importancia a la voluntad del <filiusfamilias>, puesto que tras el fallecimiento del padre de familia se convertía en <sui iuris> y, en consecuencia, se requiere su consentimiento no solo para el matrimonio, sino también para celebrar los esponsales, no pudiendo comprometer el padre al hijo que se opusiese<sup>114</sup>.

En el supuesto del compromiso de la <filiafamilias> al quedar sometidos los hijos tenidos a la patria potestad del marido o de su padre de familia, no se requiere el consentimiento del padre natural de la nieta bajo la potestad del abuelo, sino que se considera suficiente el consentimiento de este último –así se deduce de lo establecido para el matrimonio-. En este punto, PAULO, después de afirmar que al matrimonio del hijo de familias debía dar el consentimiento también el padre natural, añade que en caso de que se casara la nieta, era suficiente la voluntad y autoridad del abuelo<sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> «-1. Nepote uxorem ducente et filius consentire debet, neptis vero si nubat, voluntas et auctoritas avi sufficiet» [D. 23, 2, 16, 1 (PAULUS, *Libro XXXV, ad Edictum*)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, Primera parte, Digesto, T. II, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, p. 114).

<sup>113</sup> *Vid.*, ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>114</sup> «-Filiofamilias dissentiente sponsalia nomine eius fieri non possunt» Trad.: «Disintiendo el hijo de familia, no pueden hacerse esponsales á su nombre» [D. 23, 1, 13 (PAULUS, *libro V, ad Edictum*)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, Primera parte, Digesto, T. II, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, p. 111).

<sup>115</sup> Cfr., [D. 23, 2, 16, 1 (PAULUS, *Libro XXXV, ad Edictum*)].

### E. Limitación a la libertad de oposición de la hija de familias a la voluntad paterna: Ulpiano o Justiniano

La libertad de la hija de familia a oponerse a la voluntad del padre fue sometida a una clara limitación, debido a que únicamente en el supuesto en el que la elección del padre recayese sobre un pretendiente «indignus moribus vel turpis», la hija se podía oponer. Los términos son:

«1. Mas concédese á la hija facultad para disentir de su padre solamente cuando el padre le elija esposo indigno por sus costumbres, ó torpe<sup>116</sup>»<sup>117</sup>.

De modo que se admitía el disenso justificado de la hija si el prometido escogido por el padre era de costumbres indignas o torpes<sup>118</sup>. En todo caso, este supuesto calificado de extrema gravedad, comportaba posiblemente su inoperancia en la práctica cotidiana<sup>119</sup>.

En cuanto a la interpolación del texto<sup>120</sup>, parte de la doctrina entiende su atribución a los Compiladores de JUSTINIANO y no a ULPIANO, debido a que la tendencia que predominaba en la época no era partidaria de la creencia de que en tiempos de ULPIANO el Derecho clásico tuviese en poca consideración la voluntad de la hija de familia, como sucederá con posterioridad en la época postclásica y Justiniana<sup>121</sup>, puesto que en la época de ULPIANO se

---

<sup>116</sup> Sobre este término, ASTOLFI dice que: «Turpis non pare sinonimo e quindi ripetizione inutile di indignus moribus. Si tratterebbe di deformità fisica accostata a quella morale» (*Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, Nt. 27, p. 73).

<sup>117</sup> «-1. Tunc autem solum dissentendi a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus, vel turpem sponsum ei pater eligat» [D. 23, 1, 12, 1 (ULPIANUS, *libro singulari de Sponsalibus*)].

<sup>118</sup> *Vid.*, BIONDI, *Instituzioni di Diritto...*, *op. cit.*, p. 589; VOCI, *Instituzioni di Diritto...*, *op. cit.*, p. 533; FERRETTI, «Le donazioni tra fidanzati nella...», 2002, *op. cit.*, Nt. 2, p. 163.

<sup>119</sup> En este sentido, FAYER, dice que «questo caso è di estrema gravità, così probabilmente nella prassi quotidiana mai verificatosi» (*op. cit.*, p. 63).

<sup>120</sup> Cfr., [D. 23, 1, 12, 1 (ULPIANUS, *libro singulari de Sponsalibus*)].

<sup>121</sup> Sobre la atribución del §1 del [D. 23, 1, 12 (ULPIANUS, *libro singulari de Sponsalibus*)] a los compiladores de Justiniano, VOCI dice «queciò che segue, nel § 1, è nota aggiunta giustiniana» (*Studi di Diritto...*, *op. cit.*, Nt. 30, p. 404) e, *Instituzioni di Diritto...*, *op. cit.*, p.

reconocía una facultad ilimitada a la hija de familia de oponerse a su padre, pero ésta debía ser ejercitada de forma abierta y decidida, ya que de otra forma su «non dissentire» equivalía a un consentimiento. Mientras que en la época de JUSTINIANEO, conforme al texto de dicho párrafo, se desprende que únicamente se permitía la oposición de la hija de familia para el caso de que el elegido por el padre fuera una persona inmoral o torpe.

Asimismo, la doctrina<sup>122</sup> argumenta que posiblemente el motivo por el que se creyó oportuno modificar el texto clásico, radicó en la ilicitud de rebelarse por la hija de familia a la voluntad del padre, debido a la consideración de la particular reverencia debida por la hija a su padre.

Por otra parte, y aún a falta de mención expresa, se considera que el consentimiento era de carácter continuado, en el sentido de que la existencia de los esponsales estaba en función de la voluntad de los «sponsi» de ser tales<sup>123</sup>.

En definitiva, en el Derecho clásico se dio una gran importancia a la voluntad de la hija de familia, ya que se le concedió la facultad de poder oponerse siempre a la voluntad del padre, si no estaba de acuerdo con la decisión de aquél en la elección del compromiso, pero en la práctica, la

---

533. Por su parte, DI MARZO, añade que «a molti autori non pare dubio che si tratti di uno squarcio interpolato dai compilatori delle Pandette giustinianee, ma a lui li sembra assai probabile» (*op. cit.*, p. 99). Sobre esta materia, *vid.*, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 205; FAYER, *op. cit.*, p. 63; BONFANTE, *op. cit.*, p. 310; ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 73. Así, SOLAZZI, sostiene que el consentimiento de la filiafamilias no fue de ninguna manera necesario en el Derecho clásico y, por tanto, lo habían introducido los compiladores bajo la forma del silencio o asentimiento pasivo. Esto lo justifica: De una parte, en algunas Leyes del tarde imperio: [C.Th. 3, 5, 11] de BRACIANO, VALENTINIANO Y TEODOSIO II en la que el padre promete a la hija y se compromete a diferencia de la madre o, la [C. Th. 5, 1, 4, y 12] de ONORIO Y TEODOSIO de la que se desprende que la hija misma debía estar al pacto concluido por el padre y, finalmente, la [C. I. 5, 4, 20] de los mismos emperadores, calificada como la más clara de todas; De otra, hace alusión, respectivamente a tres pasajes del Digesto: el texto de PAULO [D. 23, 1, 13 (PAULUS, *libro V, ad Edictum*)]; el de ULPIANO [D. 23, 1, 10 (ULPIANUS, *libro XXXV, ad Edictum*)] y, el de MODESTINO [D. 23, 1, 14 (MODESTINO, *libro IV, Differentiarum*)] (*vid.*, «Le nozze...», 1957, *op. cit.*, Nt. 25, p. 155).

<sup>122</sup> *Vid.*, DI MARZO, *op. cit.*, p. 9.

<sup>123</sup> *Vid.*, VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, Nt. 43, p. 655; BERNARD MAINAR, *op. cit.*, p. 528.

costumbre de desposar a las niñas a edad temprana y la costumbre social que imponía a la hija una absoluta sujeción a la voluntad del padre, hacían difícil la posibilidad de que ésta se atreviese a negar al futuro marido -el cual había sido elegido por el padre-. Por tanto, cuanto más joven era la «sponsa», menor era la posibilidad de que se opusiese a la decisión y elección paterna, por lo que su consentimiento era concedido, no siendo incluso necesario que lo expresase de forma oral, ya que bastaba su silencio, puesto que su no pronunciamiento equivalía a su consentimiento<sup>124</sup>.

#### **F. La nulidad de la previsión de una pena para el supuesto de incumplimiento unilateral injustificado de los esponsales**

Siguiendo a la doctrina mayoritaria<sup>125</sup> en la época clásica, los esponsales no obligaban jurídicamente a los futuros esposos a celebrar el matrimonio -pudiendo romperse en todo momento el compromiso-, en esta línea la jurisprudencia consideró -según la famosa decisión de PAOLO- como contraria a las buenas costumbres (contra bonus mores) cualquier estipulación con la que se acordara el pago de una pena, cuando no se realizase un matrimonio futuro, se indujese a no realizarlo o, incluso no se mantuviese un matrimonio ya existente<sup>126</sup>.

De modo que en el supuesto de incumplimiento de los esponsales, la sanción indemnizatoria en caso de que ésta se hubiese previsto tenía la consideración de nula, debido a que contra la acción -basada en dicha

---

<sup>124</sup> En la misma línea, FAYER dice que «é comunemente ammesso in dottrina che il diritto classico richiedeva per la validità degli sponsali conclusi dal pater familias il consenso anche della figlia, ma limitato alla forma meramente passiva del non dissentire; il consensus della filia familias sarebbe quindi un consenso passivo» (*op. cit.*, Nt. 173, p. 64). También *vid.*, las aportaciones de VOLTERRA, «Sul consenso della filiafamilias...», *op. cit.*, p. 293; ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 73.

<sup>125</sup> En este sentido, TORRENT, añade que «los esponsales en la época clásica podían ser disueltos libremente (*Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 539) y, *vid.*, las aportaciones de BERNARD MAINAR, *op. cit.*, p. 528; GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 158; GUZMAN BRITO, *op. cit.*, p. 336; MIQUEL, *op. cit.*, pp. 357-358; BIONDI, Biondo: *Il Diritto Romano*, Licino Cappelli editore, Bologna, 1957, p. 341 e, *Instituzioni di Diritto...*, *op. cit.*, p. 588.

<sup>126</sup> *Vid.*, VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 654 y, voce «Sponsali»..., *op. cit.*, p. 36.

estipulación- ejercitada contra el que se negase a efectuar el matrimonio, se concedía la «exceptio doli» mediante la que el demandado obtenía la absolución. Con esta acción se repelía la reclamación de una pena prometida en estipulación para el supuesto de incumplimiento de lo prometido<sup>127</sup>. Por tanto, ni se permitía estipular una pena, ni era eficaz una pena ya pactada para el caso de ruptura del vínculo de los esponsales. En este sentido, PAULO dice:

«[...] porque se consideró deshonesto que los matrimonios, o futuros, o ya contraídos, fuesen ligados con el vínculo de una pena»<sup>128</sup>.

Los términos concretos de este pasaje son los siguientes:

«Ticia, que de otro tenía un hijo, se unió en matrimonio con Cayo Seyo, que tenía una hija; y al tiempo del matrimonio convinieron que se desposaría la hija de Cayo Seyo con el hijo de Ticia; y se interpuso un instrumento, y se añadió una pena, si alguno de ellos hubiese sido impedimento para las nupcias; después, durante el matrimonio, murió Cayo Seyo, y su hija no quiso casarse; preguntó, si los herederos de Cayo Seyo estarán obligados en virtud de la estipulación. Respondió, que al que ejercita la acción en virtud de la estipulación, que se exponía, como quiera que no habría sido interpuesta conforme a las buenas costumbres, le habrá de obstar la excepción de dolo malo, porque se considero deshonesto que los

---

<sup>127</sup> Vid., GUZMAN BRITO, *op. cit.*, p. 336; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 205; FERRETTI, *Doni fatti a causa...*, *op. cit.*, p. 84; SCHULZ, *op. cit.*, p. 105.

<sup>128</sup> «[...] quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi, sive futura, sive iam contracta» [D. 45, 1, 134 pr. (PAULUS, *libro XV, Responsorum*)] (GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso: *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al Castellano del Latino, publicado por KRIEDEL, HERMANN Y OSENBRÜGGEN, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por Idelfonso GARCÍA DEL CORRAL, Primera parte, Digesto, T. III, Barcelona, 1897, p. 556).

matrimonios, o futuros, o ya contraídos, fuesen ligados con el vínculo de una pena»<sup>129</sup>.

En el supuesto de hecho recogido, Ticia, madre de un hijo, se une en matrimonio con Cayo Seyo, padre de una hija. En el momento del matrimonio acordaron prometer en matrimonio al hijo de uno con la hija del otro. El compromiso que no revestía ninguna forma típica, es decir, que no se realizó mediante la <sponsio> estaba garantizado de una estipulación, con la que se comprometían a pagar una cantidad de dinero a título de pena para el caso de ruptura de la promesa (stipulatio poenae). Esta pena mencionada en el fragmento como parte del contrato matrimonial «[...] interpositum est instrumentum, et adiecta poena [...]» se constituía como una garantía recíproca, que protegía a las partes frente a la ruptura del compromiso.

En el mencionado pasaje se reproducen dos hechos: De una parte, tras el fallecimiento del padre, la hija se niega a realizar el matrimonio con el hijo de la madrastra –apoyándose en que tras el fallecimiento de su padre el compromiso queda disuelto<sup>130</sup>–; De otra, se plantea al jurista si los herederos del padre quedaban obligados en virtud de la estipulación, es decir, si debían pagar la suma establecida.

En relación a la primera cuestión, la respuesta de PAULO es clara al decir que la estipulación penal no es debida, pero la razón no radica en que la cláusula penal permita a la hija romper el compromiso cuando muere el padre, sino que es ilícita (contra bonus mores) y, por tanto, inválida, debido a que no había sido interpuesta conforme a las buenas costumbres, por lo

---

<sup>129</sup> «-Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Caio Seio habenti filiam; et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Caii Seii filio Titiae desponderetur; et interpositum est instrumentum, et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset; postea Caius Seius constante matrimonio diem suum obiit, et filia eius noluit nubere; quaero, an Caii Seii heredes teneantur ex stipulatione. Respondit, ex stipulatione, quae proponeretur, quum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstituram, quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi, sive futura, sive iam contracta» [D. 45, 1, 134 pr. (PAULUS, *libro XV, Responsorum*)] (Ibídem).

<sup>130</sup> *Vid.*, ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 44.



que era deshonesto que los matrimonios o futuros o, ya contraídos, fuesen ligados con el vínculo de una pena (non secundum bonos mores) y era «inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi».

La segunda cuestión se refiere, a que ninguno incluida la hija debían pagar la pena en caso de ruptura del compromiso, por tanto, si el novio decepcionado actuaba contra los herederos de Cayo Seyo mediante la «actio ex stipulatio» y, luego contra la hija y heredera de su padre, éstos podían oponer la «exceptio doli» para paralizar la injusta pretensión<sup>131</sup>. Además, si era «contra bonus mores» la «stipulatio» con la que se prometía una cantidad de dinero en caso de ruptura del compromiso, con mayor razón lo sería la «sponsio» con la que se prometiese contraer matrimonio<sup>132</sup>.

Este pasaje, en la época clásica fue examinado no desde el punto de vista jurídico, sino desde el punto de vista sustancial, conforme al cual la estipulación en sí misma tenía la consideración de nula<sup>133</sup>.

En síntesis, desde el punto de vista formal, la no obligatoriedad derivaba del carácter consensual del acto, debido a que el «nudus consensus» no creaba obligación en el Derecho clásico. Y desde el punto de vista sustancial, se consideraba contraria a las buenas costumbres la obligación de contraer matrimonio. Por tanto, en el hipotético caso de que una de las partes prometiera una pena para el caso de incumplimiento de los esponsales, contra la acción de reclamación se concedía la «exceptio doli», obteniéndose con ella la absolución<sup>134</sup>.

<sup>131</sup> *Vid.*, de la misma opinión, FERRETTI, *Le donazioni...*, *op. cit.*, pp. 23-24; VOLTERRA, «Osservazioni intorno...», *op. cit.*, p. 505.

<sup>132</sup> Respecto a la posible interpolación de la parte final contenida en [D. 45, 1, 134 pr.] «quia inhonestum visum eest [...]» *vid.*, las aportaciones de VOCI, Pasquale: *Le obbligazione romane. Il contenuto dell'obbligatio*, I, 1, Milano, 1969, p. 74. Por el contrario, otros autores entienden que en caso de que hubiese interpolación, ésta atendería a razones formales. *Vid.*, en este sentido, entre otros, SCARCELLA, *op. cit.*, Nt. 19, p. 153; ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, Nt. 82, p. 44.

<sup>133</sup> Así, SERAFINI, añade que «era considerada como contraria a las buenas costumbres» (*op. cit.*, p. 249). *Vid.*, VOLTERRA, «Osservazioni intorno...», *op. cit.*, p. 506.

<sup>134</sup> *Vid.*, GUZMAN BRITO, *op. cit.*, p. 336; VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 654.

En definitiva, el régimen clásico de los esponsales resultaba congruente con el principio de libertad de matrimonio, puesto que se consideraba ilícito cualquier límite impuesto a dicho principio. En este sentido, conviene tener presente que en dicha etapa, en el fondo se disponía lo mismo que se prescribe en el vigente artículo 42 del Código civil, conforme al que también se niega eficacia a la promesa de matrimonio para obligar a la celebración del matrimonio<sup>135</sup>.

### G. Efectos de los esponsales en la etapa clásica

Los efectos que el Derecho clásico atribuía a los esponsales, además de ser muy escasos, eran análogos al matrimonio por la cuasi afinidad que de ellos nacía. Estos efectos se resumen en los siguientes:

a) Era tachado de infamia el que contrajese en nombre propio o de quien tuviera bajo su potestad nuevos esponsales sin haber disuelto los anteriores o, contrajese nupcias con otra persona con anterioridad a romper las previas. De forma que ninguna de las partes que hubieran formulado la promesa podía legalmente concluir otro compromiso con anterioridad a la disolución del primero y la contravención de esta norma hacía infame al infractor<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> En esta línea, *vid.*, FERNÁNDEZ BARREIRO y PARICIO SERRANO, *op. cit.*, p. 18; TORRENT, *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 539; SERAFINI, *op. cit.*, Nt. 65, p. 248.

<sup>136</sup> VOLTERRA, precisa que «los que aún mismo tiempo actuaban como novios de varias personas incurrían en declaración de infamia» (*Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 655); añade que: «Non può dedursi da questa clausola del'editto colo giuridico» («Osservazioni intorno...», *op. cit.*, p. 493) y, finalmente, sostiene que «tale disposizione aveva evidentemente lo scopo di colpire coloro che fraudolentemente cercavano di indurre altri in errore sulle loro intenzioni matrimoniali» (voce «Sponsali»..., *op. cit.*, p. 36). Por otra parte, BERNARD MAINAR, afirma que «los prometidos simultáneamente con diversas personas incurrían en infamia» (*op. cit.*, p. 529) y, FUENTESECA, Pablo (en *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1978, p. 377) matiza que «en el edicto del pretor se castigaban con infamia los que realizasen nuevos esponsales sin haber disuelto los precedentes». Asimismo, *vid.*, las argumentaciones de SCHULZ, *op. cit.*, p. 105; GUZMAN BRITO, *op. cit.*, p. 337; DI MARZO, *op. cit.*, p. 19; CASTELLO, «Lo status personale...», *op. cit.*, pp. 1169-1170; PEROZZI, *op. cit.*, p. 357; SERAFINI, *op. cit.*, p. 249; SACCHI, *op. cit.*, p. 268; TORRENT, *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 540; FAYER, *op. cit.*, pp. 178-180; BIONDI, *Instituzioni di Diritto...*, *op. cit.*, p. 140.

En este sentido, el edicto del pretor castigaba con infamia a quien hubiese contraído esponsales o nupcias en el mismo tiempo, en nombre propio o por cuenta de un paterfamilias, JULIANO en [D. 3, 2, 1] de (Comentarios al Edicto), dice:

«Es notado de infamia [...] el que en su nombre, no por mandato de aquel bajo cuya potestad estuviese, ó en nombre de aquel ó de aquella á quien tuviese en su potestad, hubiere contraído dos esponsales ó nupcias con dos á un mismo tiempo»<sup>137</sup>.

Esta disposición que sería comentada posteriormente por ULPIANO se presentaba en los siguientes términos:

«1. Si alguno hubiere contraído en nombre de otro dos esponsales, no es notado de infamia, á no ser que los contraiga en nombre de aquel ó de aquella que tuviera bajo su potestad; á la verdad, el que consiente que su hijo ó su hija los contraiga, parece en cierto modo que él mismo los contrajo»<sup>138</sup>.

Disposición de la que se extrae que no tenía la consideración de infame aquél que en nombre de otro celebrara dos compromisos – esponsales o, nupcias<sup>139</sup>-, salvo que hubiera sido el padre a nombre del hijo

<sup>137</sup> «-Infamia notatur [...] quive suo nomine non iussu eius in cuius potestate esset, eiusve nomine, quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit» [D. 3, 2, 1 (IULIANUS, *libro I, ad Edictum*)] (GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso: *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al Castellano del Latino, publicado por KRIEDEL, HERMANN Y OSENBRÜGGEN, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por Idelfonso GARCÍA DEL CORRAL, Primera parte, Instituta-Digesto, T. III, Jaime Molinas editor-Consejo de Ciento, n. 287, Barcelona, 1889, pp. 300-301).

<sup>138</sup> «-1. Si quis alieno nomine bina sponsalia constituerit, non notatur, nisi eius nomine constituat, quem quamve in potestate haberet; certe qui filium vel filiam constituere patitur, quodammodo ipse videtur constituisse» [D. 3, 2, 13, 1 (ULPIANUS, *libro VI, ad Edictum*)] (GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso: *Cuerpo del Derecho Civil...*, Primera parte, Instituta-Digesto, T. III, Jaime Molinas editor-Consejo de Ciento, n. 287, Barcelona, 1889, *op. cit.*, p. 305).

<sup>139</sup> En este sentido, SANFILIPPO Cesare (en «Nuptias alieno nomine constituere?», in *IVRA*, n. 27, 1976, Nt. 7, p. 103) dice que «secondo lui nel caso di un tale che avesse concluso bina sponsalia in nome di un estraneo non c'era illecito, evidentemente perchè tale promessa era priva di ogni conseguenza giuridica».

o de la hija sometida a potestad o, que el padre hubiese tolerado que el hijo o la hija bajo su potestad al mismo tiempo se prometiese con dos personas distintas, debido a que esta forma era interpretada como si él mismo se hubiese prometido<sup>140</sup>.

De modo que uno u otro enlace esponsalicio pudieron tener su inicio en diferentes momentos temporales, lo que debía ocurrir siempre, punto en el que ULPIANO precisa que por *al mismo tiempo*, no debía entenderse por los inicios de los enlaces esponsalicios los contraídos al mismo tiempo, sino únicamente si concurrieron en un mismo momento<sup>141</sup>. En definitiva, lo importante era su concurrencia<sup>142</sup>.

Por otra parte, esta nota de infamia extendida al que contrajese esponsales con una persona con la que no podía o no le era lícito tomar por esposa<sup>143</sup> y, a todo aquél que se sirviera del compromiso con la intención de causar daños a terceros, además de alcanzar a los novios, también se podía extender a los padres de familia<sup>144</sup>. Por tanto, privaba de ciertos derechos a los ciudadanos que se veían afectados, consecuencia que se debía tener en

---

<sup>140</sup> En este sentido, SERAFFINI sostiene que «el que a pesar del contrato de esponsales contraía otros o se casaba y, todo el que imponía estas infracciones a los esponsales de sus hijos en virtud de patria potestad, incurría en infamia» (*op. cit.*, p. 249).

<sup>141</sup> «-2. Quod ait Praetor: «eodem tempore», non initia sponsaliorum eodem tempore factorum accipiendum est, sed si in id tempus concurrant» Trad.: «-2. Lo que dice el Pretor: al mismo tiempo, no ha de entenderse por los comienzos de los esponsales contraídos al mismo tiempo, sino sí concurrieran al mismo tiempo» [D. 3, 2, 13, 2 (ULPIANUS, *libro VI, ad Edictum*)].

<sup>142</sup> Así, CASTELLO, añade que: «ULPIANO abbia ritenuto di precisare quanto sopra perchè la disposizione del pretore avrebbe potuto essere interpretada in modo da rendere infame soltanto chi si fidanzava oppure si sposava senza sciogliere o il precedente matrimonio, oppure il precedente fidanzamento» («Lo status personale...», *op. cit.*, p. 1169) y, *vid.*, FAYER, *op. cit.*, p. 179.

<sup>143</sup> «-4. Quum autem factum notetur, etiamsi cum ea quis nuptias vel sponsalia constituat quam uxorem ducere non potest vel fas non est, erit notatus» Trad.: «-4. Mas como el hecho se incurra en nota, aunque alguno contraiga nupcias ó esponsales con aquella que, ó no puede, ó no le es lícito tomar por esposa, será tachado de infamia» [D. 3, 2, 13, 4 (ULPIANUS, *libro VI, ad Edictum*)].

<sup>144</sup> Cfr., [D. 3, 2, 13, 1 (ULPIANUS, *libro VI, ad Edictum*)].

cuenta en el estudio de la condición jurídica de los novios y si eran hijos de familia, de su padres<sup>145</sup>.

Por cuanto a su aplicación se refiere, era necesario probar el comportamiento doloso de los novios -hombre o mujer- y, en caso de hijos de familia, se requería el de sus padres.

En virtud de lo dicho, conviene precisar que el Pretor equiparaba los esponsales al matrimonio y castigaba con la nota de infamia al que hubiese contraído en el mismo tiempo en su propio nombre o a nombre de personas sometidas a patria potestad, los esponsales o las nupcias. Asimismo, en Derecho romano, inicialmente, era considerada más que una verdadera y propia pena, como una pequeña afirmación de estima social contenida en la declaración pretoriana para excluir a determinadas personas de <postulare pro alio><sup>146</sup>.

Se añade otra cuestión que se refiere a la discusión doctrinal surgida sobre si la sanción del edicto pretoriano también afectó a los que concluían <binae nuptiae><sup>147</sup> y <bina sponsalia> -debido a la imposibilidad en el periodo clásico de configurar el delito de bigamia, conforme a que una segunda unión era configurada respecto a la primera o como concubinato o, como un nuevo matrimonio que habría anulado al anterior- o, solo a los que concluían los enlaces esponsalicios, debido a que la equiparación de la <bina sponsalia>

---

<sup>145</sup> *Vid.*, CASTELLO, «Lo status personale...», *op. cit.*, p. 1169.

<sup>146</sup> Así, VOLTERRA, dice que «rispecchiamo più che altro l'importanza sociale degli sponsali nell'epoca classica, tali norme avrebbero acquistato ben altro valore una volta considerato non dal punto di vista classico, ma facenti parte del diritto giustiniano, dopo che Giustiniano converti la categoria sociale degli infami in una categoria legale» («Osservazioni intorno...», *op. cit.*, nt. 8. 3, p. 493) y, «Ricerche intorno agli sponsali...», *op. cit.*, p. 417.

<sup>147</sup> Así, por ejemplo, CASTELLO, dice que «è probabile che la disposizione del pretore sia stata introdotta nel diritto romano poco dopo il tempo in cui, como ricorda Cicerone, un cittadino romano aveva lasciato la moglie incinta in Spagna per recarsi a Roma, dove, senza avere invitato un nuncius o un libellus alla consorte, aveva sposato un'altra donna, che aveva pure resu incinta prima di moriré; il caso aveva fatto disputare i giuristi sullo stato giuridico del figlio nato dalla seconda unione e della madre di lui, cioè, in sostanza, sulla natura del nuovo vincolo contratto dall'uomo e, il CASTELLO, sembra probabile l'ipotesi che la disposizione del pretore presa in esame abbia fatto cessare ben presto le divisioni fra i guiristi» («Lo status personale...», *op. cit.*, p. 1170).

con la <binæ nuptiæ><sup>148</sup> fue una labor realizada por los Compiladores Justinianeos y, con posterioridad, el delito de bigamia fue introducido en el Ordenamiento Jurídico asumiendo un valor distinto, puesto que era posible la celebración simultánea de dos bodas<sup>149</sup>.

b) La *Lex Iulia* y la *Lex Papia Poppaea* prohibía además del matrimonio, celebrar esponsales entre las personas que pertenecían al rango senatorial –hombres o mujeres- con los libertos y libertas y, con los actores y actrices que actuaban en espectáculos públicos y sus hijos<sup>150</sup>.

Esta prohibición de contraer matrimonio entre esta categoría de personas establecido por la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* sería completada por la *Lex Papia Poppea*<sup>151</sup>, por lo que ambas Leyes formaron un único Cuerpo Legal que llevaba por rúbrica: *Lex Iulia et Papia* y, cuyo contenido íntegro se dio a conocer por PAOLO en [D. 23, 2, 44, pr.] de (Comentarios a la *Ley Julia y Papia*), disponiendo su literal, lo siguiente:

---

<sup>148</sup> *Vid.*, en particular, GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús (en *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Dykinson, Madrid, 2006, 3.ª ed., p. 124, voz., *Bina sponsalia. Binæ nuptiæ. Bigamia <binas uxores habere>*) dice que: «No se consideraba lícito ni siquiera posible la existencia de matrimonios simultáneamente con dos mujeres, ya que el vínculo anterior se consideraba roto por el cese de la <affectio maritalis> cuando se iniciaba la convivencia con otra mujer. Caso de la mujer española casada con un romano y abandonada (Cicerón, de orat., 1, 40, 183; 1, 96, 238). El edicto pretorio castigaba con infamia a la persona que contraía un nuevo matrimonio sin estar disuelto el posterior. También se castigaban dos promesas simultáneas de matrimonio <bina sponsalia>. En Derecho postclásico se castigó la bigamia como un delito especial».

<sup>149</sup> Hipotesis sostenida por SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 101. Por el contrario, *vid.*, CASTELLO, «Lo status personale...», *op. cit.*, p. 1169.

<sup>150</sup> FUENTESECA, dice que «estas Leyes de Augusto –la *Ley Iulia* y la *Ley Papia Poppaea*– comprenden los esponsales junto al matrimonio en la prohibición de vínculos entre personas de rango senatorio con libertos y personas que ejerzan el <ars ludrica>» (*op. cit.*, p. 377). En este sentido, *vid.*, CASTELLO, «Lo status personale...», *op. cit.*, p. 1173; TORRENT, *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 539-540; BERNARD MAINAR, *op. cit.*, p. 529; VOLTERRA, «Osservazioni intorno...», *op. cit.*, p. 493 e, *Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 655.

<sup>151</sup> La *Lex Iulia de maritandis ordinibus* fue propuesta por el propio AUGUSTO y, la *Lex Papia Poppaea nuptialis* por encargo de AUGUSTO y por los Cónsules PAPIUS MUTILUS y POPPAEUS SECUNDUS de la legislación matrimonial augusta.

«Dispónese en la Ley Julia de este modo: -Ninguno que es Senador, ó el que es ó fuere su hijo, ó nieto habido de un hijo, ó biznieto habido de un hijo nacido de cualquiera de ellos, tenga á sabiendas con dolo malo por esposa ó mujer una libertina, ó á la que ella misma, ó su padre ó madre, representa, ó hubiere representado, en las diversiones públicas; ni la hija de un Senador, ó la nieta nacida de un hijo, se considere desposada ó casada á sabiendas y con dolo malo con un libertino, ó con el que él mismo, ó su padre ó madre, representa, ó hubiere representado en las diversiones públicas; y ninguno de estos la tenga con dolo malo y á sabiendas por esposa ó por mujer»<sup>152</sup>.

De lo anterior, conviene precisar que con la *Lex Iulia et Papia* se prohibía no solo el matrimonio entre estas categorías de personas -es decir, entre los que pertenecen al rango senatorial y libertas o, mujeres dedicadas al teatro-, sino también los enlaces esponsalicios<sup>153</sup>. De este modo se colocaba en un mismo plano los matrimonios y los esponsales al extender estas prohibiciones matrimoniales a aquéllos, ya que no tenía sentido formalizar la promesa de matrimonio si este último no se podía celebrar<sup>154</sup>.

<sup>152</sup> «Lege Iulia ita cavetur: -Qui senator est, quive filius, neposve ex filio, proneposve ex filio nato cuius eorum est, erit, ne quis eorum sponsam uxoremve sciensdolo malo habeto libertinam, aut eam, quae ipsa, cuiusve pater materve artem ludicram facit, fecerit; neve Senatoris filia, neptisve ex filio, proneptisve ex nepote filio nato, nata, libertino eive, qui ipse cuiusve pater materve artem ludicram facit, fecerit, sponsa nuptave sciens dolo malo esto; neve quis eorum dolo malo sciens sponsam uxoremve eam habeto» [D. 23, 2, 44, pr. (PAULUS, *libro I, ad legem Iuliam et Papiam*)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, Primera parte, Digesto, T. II, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, p. 118).

<sup>153</sup> *Vid.*, FAYER, *op. cit.*, p. 147; VOLTERRA, «Ricerche intorno agli sponsali...», *op. cit.*, p. 361; GUZMAN BRITO, *op. cit.*, p. 337; ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 73.

<sup>154</sup> En este sentido, VOLTERRA, matiza que «en cualquier caso, es lógico que la prohibición del matrimonio hiciera inútiles los esponsales» (*Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, Nt. 45, p. 655) y, añade que «anche questo divieto risponderebbe a criteri logici, in quanto sarebbe stato inutile che persone fra le quali era vietato il matrimonio avesseroambiato fra loro la promessa di matrimonio» («Osservazioni intorno...», *op. cit.*, p. 493) y, voce «Sponsali»..., *op. cit.*, p. 36; También, *vid.*, las aportaciones sobre la materia de ASTOLFI, *La Lex iulia...*, *op. cit.*, pp. 94-95 e, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 73; FAYER, *op. cit.*, p. 147.

En este punto, VOLTERRA<sup>155</sup> sostiene que podría resultar lícito pensar que los términos «sponsa» y «sponsam» del fragmento de PAULO -los cuales son repetidos al lado del término «uxor»- fueron añadidos por los Compiladores Justinianeos. Además, añade que «varias interpolaciones operadas en el texto clásico ciertamente demuestran que sólo en la edad postclásica surgió y se afirmó el principio de aplicación de los impedimentos establecidos a los matrimonios también a los esponsales»<sup>156</sup>.

También la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* preveía la prohibición matrimonial para todos los «ingenui», a los que se les prohibía unirse en matrimonio con las prostitutas o exprostitutas<sup>157</sup>; con el chulo y la regente de la casa de prostitución<sup>158</sup> y, con la adúltera condenada o sorprendida en el acto<sup>159</sup>.

De modo que por analogía sería lógico pensar que si el contenido del capítulo relativo a las prohibiciones establecidas para el matrimonio para los que perteneciesen a la clase senatorial extendía tales prohibiciones a los esponsales -al tener presente la equiparación efectuada por la *Lex Iulia* entre compromiso y matrimonio-, también el contenido del capítulo relativo a las prohibiciones establecidas para el matrimonio de los «ingenui» se debió extender a éstos<sup>160</sup>.

Por cuanto a las prohibiciones previstas en las Leyes de AUGUSTO se refiere, dos son los aspectos a tener presente. De una parte, que aunque en estas Leyes se prohibiese la celebración de los esponsales entre aquellas determinadas personas, lo cierto es que los senadoconsultos clásicos dieron

---

<sup>155</sup> «Osservazioni intorno...», *op. cit.*, p. 493; *Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 655 y, voce «Sponsali»..., *op. cit.*, p. 36.

<sup>156</sup> «Ricerche intorno agli sponsali...», *op. cit.*, p. 362.

<sup>157</sup> *Vid.*, [D. 23, 2, 43 pr. § 5 (PAULUS, *libro I, ad legem Iuliam et Papiam*)].

<sup>158</sup> *Vid.*, [D. 23, 2, 43 § 6-9 (ULPIANUS, *libro I, ad legem Iuliam et Papiam*)].

<sup>159</sup> *Vid.*, [D. 23, 2, 43 § 12-13 (ULPIANUS, *libro I, ad legem Iuliam et Papiam*)].

<sup>160</sup> *Vid.*, FAYER, *op. cit.*, p. 147; ASTOLFI, *Il fidanzamento nella...*, *op. cit.*, p. 681 y, *La Lex iulia...*, *op. cit.*, p. 98.



poco valor a dichas prohibiciones, conforme a la inexistencia de referencia alguna a éstas en la *Lex Iulia et Papia* -esta Ley únicamente hacía referencia a las prohibiciones de contraer matrimonio, pero no contenía referencia alguna a los esponsales o compromisos- y, de otra, que al final del Siglo II d. C., estos compromisos y matrimonios estaban considerados como nulos y carentes de valor, en virtud de una oración de los Emperadores MARCO AURELIO ANTONINO y CÓMMODO, donde se establecía la prohibición de contraer matrimonio a los Senadores con algunas mujeres.

Este fragmento lo dio a conocer ULPIANO en [D. 23, 1, 16] en (*Comentarios a la Lex Julia y Papia*), en los siguientes términos:

«La Oración de los Emperadores Antonio y Cómmodo, que prohibió ciertas nupcias á los Senadores, nada dijo de los esponsales; pero con razón se dice, que en estos casos también los esponsales son de derecho de ningún valor, para suplir lo que falta en la oración»<sup>161</sup>.

Dos son las particularidades que presenta el mencionado fragmento. Son:

- Que al no matizar ULPIANO cuáles eran los matrimonios prohibidos a los Senadores -previstos por el Emperador- cabía la posibilidad de que se tratase de las mismas prohibiciones previstas por la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* de la orden senatorial<sup>162</sup> y,

- la inexistencia de mención a los esponsales en la oración de ANTONINO Y CÓMMODO, justifica la argumentación que sostiene que fueron los juristas postclásicos y los Compiladores de JUSTINIANO los que debieron extender estas prohibiciones del matrimonio a los esponsales al declarar <reclm-deest>.

<sup>161</sup> «-Oratio Imperatum Antoni et Commodi, quae quasdam nuptias in personam Senatorum inhiuit, de sponsalibus nihil locuta est; recte tamen dicitur, etiam sponsalia in his casibus ipso iure nullius esse momento, ut suppleatur, quod Orationi deest» [D. 23, 1, 16 (ULPIANUS, *libro III, ad legem Iuliam et Papiam*)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, Primera parte, Digesto, T. II, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, p. 111).

<sup>162</sup> *Vid.*, ASTOLFI, *La Lex iulia...*, *op. cit.*, p. 110.

Esta laguna suplida por la jurisprudencia al extender las prohibiciones también a los esponsales, que sanciona la absoluta nulidad de los esponsales en todos los supuestos en los que eran absolutamente nulos los matrimonios<sup>163</sup>, se justifica en que la *Lex Iulia* no se limitaba únicamente a la prohibición de contraer matrimonio a los que perteneciesen al orden senatorial con determinadas personas, sino que se hizo extensible a los esponsales y, en que si el matrimonio entre estas personas no era posible, tampoco podían entre sí contraer esponsales, debido a que éstos no podían seguir al matrimonio.

Por otra parte, y aún a pesar de que la pertenencia al orden senatorial era de carácter perpetuo, lo cierto es que se podía salir de dicha orden – únicamente- por vía excepcional, pero si el padre perdía dicha dignidad senatorial, no suponía ello que la perdiera el hijo. Por tanto, estas

---

<sup>163</sup> Vid., ASTOLFI, *La Lex iulia...*, *op. cit.*, p. 109 e, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 80. Asimismo, CASTELLO, se limita a señalar que «[D. 23, 2, 27] ricorda una costituzione di Antonino Pio destinata ad una donna di famiglia senatoria, in [D. 23, 1, 16 (ULPIANUS, *libro III, ad legem Iuliam et Papiam*)] e [D. 23, 2, 16 (PAULUS, *libro VIII, ad Edictum*)] appare chiaro il lavoro compiuto dalla giurisprudenza per precisare quando costituzioni imperiali, come l'oratio di MARCO AURELIO E COMMODO, essendosi occupate soltanto di matrimonio, potevano essere applicate per interpretazione estensiva anche al fidanzamento» («Lo status personale...», *op. cit.*, Nt. 31, p. 1173). Por el contrario, otros autores entienden que en el Derecho clásico no existió paralelismo entre el matrimonio y los esponsales introducido por el Derecho justiniano, por lo que la oración de ANTONINO Y CÓMMODO de ninguna manera habría mencionado los esponsales y, en consecuencia, su frase final («[...] *recte tamen dicitur, etiam sponsalia in his easibus ipso iure nullius esse momento, ut suppleatur, quod Orationi deest* [...]» Trad.: «[...] pero con razón se dice, que en estos casos también los esponsales son de derecho de ningún valor, para suplir lo que falta en la oración [...]») fue de la Compilación Justiniana. En este sentido, RICCOBONO, Salvatore (en «Prospectus montium. La citazione del L.III quaest di Papiniano in Armenopulo», in *Studi giuridici in onore di Carlo FADDA*, per XXV anno del suo insegnamento, 1, Napoli, 1906, p. 305) declara que «la sostanza di [D. 23, 1, 16] perlomeno e ineccepibile». Por su parte, VOLTERRA, entiende que «annovera fra gli autori che ammettono l'interpolazione della chiusa *reclam-deest* y, añade que «non sarei affatto alieno dal ritenere che tutto il frammento sia interpolato e che rappresenti una flosa esplicativa al testo di ULPIANO, posta per risolvere un dubbio sorto nelle scuole bizantine, quando gli sponsali acquistano un nuovo e diverso valore» («Ricerche intorno agli sponsali...», *op. cit.*, p. 364) y, DI MARZO, dice que: «La seconda parte, da *recte tamen dicitur*, in poi, non fu scritta da ULPIANO in questa forma, ma è certo che i commissari giustiniani non modificarono sostanzialmente il pensiero del giuriconsulto classico» (*op. cit.*, pp. 13-14).

prohibiciones también afectaron a los esponsales y la sanción se concretó en la nulidad del acto contraído<sup>164</sup>.

En definitiva, aunque en la *Lex Iulia et Papia* existía una prohibición a contraer esponsales entre los pertenecientes al rango senatorial y los libertos o personas que se dedicaran a actuar en espectáculos teatrales, lo cierto es que en la época de ANTONINO tales prohibiciones no tuvieron aplicación, ni en la legislación ni en la jurisprudencia.

c) La prohibición de enajenar un bien raíz dado en dote, establecido por la *Lex Iulia de fundo dotali*, también se extendía al fundo constituido en dote por la prometida<sup>165</sup>. Este efecto que extiende la prohibición de enajenar al fundo constituido en dote de la prometida establecida por la *Lex Iulia de fundo dotali*<sup>166</sup>, se encuentra contenido en [D. 23, 5, 4], en los siguientes términos:

«La Ley Julia, que prevé respecto al predio dotal, para que no le sea lícito al marido obligarlo ó enajenarlo, ha de ser interpretada más latamente, de suerte que también respecto al esposo haya el mismo derecho, que en cuanto al marido»<sup>167</sup>.

<sup>164</sup> Vid., ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 80.

<sup>165</sup> Punto en el que VOLTERRA, sostiene que «questa norma risulta essere una logica conseguenza della disposizione legislativa. Infatti se il futuro marito avesse potuto alienare il fondo, oggetto di una *dotis datio ante nuptias*, si sarebbe frostatato lo scopo che la legge si proponeva di conseguire» («Osservazioni intorno...», *op. cit.*, Nt. 8, p. 493); *Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 655 y, «Ricerche intorno agli sponsali...», *op. cit.*, p. 342. Vid., también BERNARD MAINAR, *op. cit.*, p. 529; GUZMAN BRITO, *op. cit.*, p. 337; FUENTESECA, *op. cit.*, p. 377; DI MARZO, *op. cit.*, p. 20; ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 132.

<sup>166</sup> Dentro de los autores que consideran que esta Ley probablemente como un capítulo de la *Lex Iulia de adulteriis*, VOLTERRA, sostiene que «ci`, evidentemente, allo scopo di impedire che il futuro marito, alienando il fondo oggetto di una *dotis datio nuptias*, frustasse lo scopo che la legge si proponeva di conseguire» (voce «Sponsali»..., *op. cit.*, p. 36); «Osservazioni intorno...», *op. cit.*, Nt. 8, p. 493 y, *vid.*, las aportaciones de BONFANTE, *op. cit.*, p. 312.

<sup>167</sup> «-Lex Iulia, quae de dotali praedio prospexit, ne id marito liceat obligare aut alienare, plenius interpretanda est, ut etiam de sponso idem iuris sit, quod de marito» [D. 23, 5, 4, (GAIUS, *libro XI, ad Edictum provinciale*)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*,

Este pasaje es considerado sin duda alguna por la doctrina mayoritaria, como una norma de origen clásica, sin embargo, ALBERTARIO<sup>168</sup> ha demostrado de manera brillante y exhaustiva que la última parte del fragmento -«[...] plenius interpretanda est, ut etiam de sponso idem iuris sit, quod de marito»- pertenece a los Compiladores de JUSTINIANO y, por tanto, la equiparación del «sponsus» al «maritus» no es clásica, sino que fue debida a una innovación justiniana.

En este sentido, aún a pesar de que dicho fragmento se encuentra en claro contraste con el previsto en [D. 23, 5, 13, 2], conforme al cual: «Entendemos que es dotal el predio de este modo, cuando para el marido se adquirió el dominio, de suerte que solo entonces esté prohibida su enajenación»<sup>169</sup>, en el que declara ULPIANO que la prohibición de la *Lex Iulia* hace referencia al fundo constituido en dote, pero solamente en el momento de la conclusión del matrimonio -no antes-, lo cierto es que esta teoría parece ser contradecida por una Constitución de LEONE Y ANTEMIO, debido a que repite la misma norma contenida en [D. 23, 5, 4] atribuyéndola al jurisconsulto SALVIO GIULIANO.

La norma se presenta en los términos siguientes:

«1. Así, pues, aunque por la significación de la palabra se entienda que hay marido ò mujer después de comenzado el matrimonio, de lo cual, por cierto, ha nacido la duda, sin embargo, como es consiguiente que las cuestiones ambiguas y las dudosas por diversas interpretaciones de las leyes se resuelvan favorablemente con la moderación del derecho natural, no vacilamos en seguir

---

Primera parte, Digesto, T. II, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, p. 156).

<sup>168</sup> «Sulla dotis datio ante nuptias», in *Rediconti del R. Istituto Lombardo di Science e Lettere*, 58, 1925, pp. 247-263 (in *Studi di diritto romano*, Milano 1933, I, pp. 319-336).

<sup>169</sup> «-2. Dotale praedium sic accipimus, quum dominium marito quaesitum est, ut tunc demum alienatio prohibeatur» [D. 23, 5, 13, 2 (ULPIANUS, *libro V, de aduteriis*)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, Primera parte, Digesto, T. II, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, p. 157).

también en el presente caso, que nos somete tu sublimidad, la opinión, ajustada à equidad, de Juliano, varón de grande reputación y muy ilustrado jurisconsulto. Y como éste, en el tratado escrito sobre el fundo dotal, estimo que se observara el mismo derecho así respecto à la mujer como en cuanto á la esposa, aunque la ley Julia hable solamente de la mujer; por esta razón hemos visto que es equitativo, que tanto la donación sponsalicia como la herencia, que el mencionado esposo quiso lucrara su esposa, no sean adquiridas para el padre, sino que vayan á poder de ésta»<sup>170</sup>.

Dificultad que ha sido nuevamente superada por, ALBERTARIO<sup>171</sup>, al decir que resulta imposible que GAIUS –el cual se refiere siempre a JULIANO– silencie en dicho fragmento<sup>172</sup> el nombre de éste y se atribuya la «plenior interpretatio», de modo que el texto no muestra la opinión de JULIANO, sino la de un jurisconsulto postclásico.

Por cuanto atañe a estos cambios prejustinianos de los textos clásicos y, siguiendo esta teoría que reconoce que el principio recordado en esta Constitución no pudo pertenecer a JULIANO, al igual que otros autores, conviene apuntar que en el fragmento contenido en la Constitución de LEONE Y ANTEMIO<sup>173</sup> se deja entrever la intervención de los Compiladores de

<sup>170</sup> «-1. Quamvis ergo significatione nominis maritus vel uxor post coeptum matrimonium intellegatur, ex quo videlicet inducta est dubietas, attamen, quia consequens est, ambiguitas atque legum diversis interpretationibus titubantes causas benigne atque naturalis iuris moderamine temperare, non piget nos in praesenti quoque negotio, de quo sublimitas tua suggestit, aequitati convenientem Iuliani, tantae existimationis viri atque disertissimi iuris periti opinionem sequi. qui cum de dotali praedio tractatu proposito, idem ius tam de uxore quam de sponsa observare arbitratum sit licet lex Iulia de uxore tantum loquatur; qua ratione tam sponsaliciam donationem quam hereditatem, quam memoratus sponsus suam sponsam lucrati voluit, non acquiri potuit sed ad eam pervenire benignum esse perspeximus» [C. I. 6, 61, 5, 1 (IMPP. LEO ET ANTHENEMIUS AA. *Nepoti magistro militum Dalmatiae*)] (GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso: *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al Castellano del Latino, publicado por KRIEGLER, HERMANN Y OSENBRÜGGEN, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por Idelfonso GARCÍA DEL CORRAL, T. V, Barcelona, 1898, pp. 168-169).

<sup>171</sup> *Op. cit.*, pp. 319 y ss.

<sup>172</sup> Cfr., [D. 23, 5, 4, (GAIUS, *libro XI, ad Edictum provinciale*)].

<sup>173</sup> Cfr., [C. I. 6, 61, 5, 1 (IMPP. LEO ET ANTHENEMIUS AA. *Nepoti magistro militum Dalmatiae*)].

JUSTINIANO, de modo que en esta norma al igual que en la prevista en el párrafo anterior<sup>174</sup>, se constituye una innovación del <legislator uxorius><sup>175</sup>.

En definitiva, esta demostración realizada por ALBERTARIO sobre la no pertenencia a JULIANO de lo establecido en [C. 6, 61, 5, 1] y, de la interpolación del fragmento establecido en [D. 23, 5, 4], elimina las dudas sobre la inexistencia en el Derecho clásico de este efecto en los sponsales.

d) La prometida que hubiere constituido dote ostentaba una situación de privilegio para la restitución<sup>176</sup>.

e) El reconocimiento de acciones a favor del desposado por ofensas realizadas contra su prometida permitía la intervención del <sponsus> o prometido como si se tratase de ofensa propia, ya que la <actio iniuriarum> era considerada como una acción estrechamente relacionada con la persona del ofendido<sup>177</sup>.

De este modo en caso de que las injurias recayesen sobre la prometida el prometido podía actuar por su propia cuenta, debido a que tenían la consideración de ofensas propias y, al igual que ocurría en el supuesto de matrimonio, el esposo quedaba legitimado para la <actio iniuriarum> por contumelias a la esposa, pudiendo proponer en su propio nombre la acción de injuria, como ofendido por el perjuicio recaído sobre su esposa<sup>178</sup>, tal y

---

<sup>174</sup> Cfr., [D. 23, 5, 4, (GAIUS, *libro XI, ad Edictum provinciale*)].

<sup>175</sup> *Vid.*, VOLTERRA, «Ricerche intorno agli sponsali...», *op. cit.*, p. 368.

<sup>176</sup> Cfr., [D. 42, 5, 17, 1 (ULPIANUS, *libro LXIII, ad Edictum*)]. En doctrina, *vid.*, BERNARD MAINAR, *op. cit.*, p. 529; GUZMAN BRITO, *op. cit.*, p. 337; FUENTESECA, *op. cit.*, p. 377; VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 655; «Osservazioni intorno...», *op. cit.*, p. 493; «Ricerche intorno agli sponsali...», *op. cit.*, p. 342 y, voce «Sponsali»..., *op. cit.*, Nt. 8, p. 36.

<sup>177</sup> VOLTERRA, sostiene que «il fidanzato può agire per l'ingiuria fatta alla fidanzata» («Ricerche intorno agli sponsali...», *op. cit.*, p. 341) e, *Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 655. *Vid.*, en esta materia, FAYER, *op. cit.*, p. 178; PEROZZI, *op. cit.*, p. 357; SACCHI, *op. cit.*, p. 268; ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 56; FUENTESECA, *op. cit.*, p. 377; GUZMAN BRITO, *op. cit.*, p. 336; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 205.

<sup>178</sup> «-24. Sponsum quoque ad iniuriarum actionem admittendum puto; etenim spectat ad contumeliam eius iniuria, quaecumque sponsae eius fiat» Trad.: «-24. Opino que también el esposo ha de ser sometido á la acción de injurias; porque tiende á contumelia suya

como SERAFINI afirma «al derecho que éste ostentaba a vindicar las injurias realizadas contra su esposa»<sup>179</sup>.

En definitiva y con independencia de cuál fuese la naturaleza de la ofensa de la injuria recaída sobre la prometida, el prometido podía actuar contra el ofensor, tanto para defenderse a sí mismo como para defender a la prometida<sup>180</sup>.

f) La extensión a los prometidos de la exención prevista por la jurisprudencia de la *Lex Iulia iudiciaria*, que excluía a los suegros, yerno y nuera de declarar como testigos los unos contra los otros, también incluyó a los progenitores de los prometidos y, lógicamente, a los prometidos entre sí<sup>181</sup>. De modo que los prometidos no podían ser forzados a testificar el uno contra el otro, ni el prometido podía ser obligado a declarar como testigo contra el padre de la prometida, ni aquél contra éste<sup>182</sup>.

Por cuanto se refiere a la exención de declarar como testigos, la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* contenía un elenco de personas vinculadas

---

cualquier injuria que se le haga á su esposa» [D. 47. 10, 15, 24 (ULPIANUS, *libro LXXVII, ad Edictum*)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, Primera parte, Digesto, T. III, Barcelona, 1897, *op. cit.*, p. 700).

<sup>179</sup> *Op. cit.*, p. 249.

<sup>180</sup> *Vid.*, FAYER, *op. cit.*, p. 178; BONFANTE, *op. cit.*, p. 312.

<sup>181</sup> En este sentido, VOLTERRA, dice que «esta no obligación a declarar como testigos el uno contra el otro, más que indicar una situación jurídica de los novios responde a una exigencia práctica en interés de la justicia» (*Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, Nt. 46, p. 655).

<sup>182</sup> Así, GUZMÁN BRITO, sostiene que «esta excepción de declarar como testigos prevista por la jurisprudencia de la *Lex iulia de iudicis*, se refería también al futuro esposo de la hija y al padre de la futura esposa» (*op. cit.*, p. 336). Por su parte, SCHULZ, añade que «en los supuestos en los que el yerno se hallaba legalmente exento de la obligación de testimoniar, el «sponsus» lo estaba también» (*op. cit.*, p. 105). En la misma línea, GENNARO, dice que «dagli sponsali scaturisce altresì l'obbligo reciproco di astenersi dalla testimonianza» (*op. cit.*, p. 154). Sobre esta materia, *Vid.*, las aportaciones de FAYER, *op. cit.*, p. 148; ASTOLFI, *La Lex iulia...*, *op. cit.*, p. 70 e, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 113; SACCHI, *op. cit.*, p. 268; FUENTESECA, *op. cit.*, p. 377; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 205; VOLTERRA, «Ricerche intorno agli sponsali...», *op. cit.*, pp. 341-342 y, voce «Sponsali»..., *op. cit.*, p. 36; PEROZZI, *op. cit.*, p. 357; DI MARZO, *op. cit.*, p. 19.

entre sí -ya por parentesco o afinidad<sup>183</sup>-, que sería completado por la *Lex Papia Poppaea nuptialis*. Estas personas estaban excluidas de declarar como testigos los unos contra los otros, en los procesos celebrados para aplicar las sanciones impuestas por estas dos Leyes<sup>184</sup>. Por tanto, entre parientes o afines se creaba una relación de solidaridad que les exoneraba de testificar los unos contra los otros, pero que les obligaba a ayudarse de forma recíproca, asumiendo, por ejemplo, la tutela de uno, el otro<sup>185</sup>.

Dentro de este elenco de personas, se observa la inclusión de las siguientes: «[...] et uxor et gener et nurus et socer et socrus [...]», las cuales aparecen recogidas en el *Fragm. Vat. 218*, del cual se lee:

«De la Ley Papia también se exceptúan los familiares que una vez fueron marido y mujer, yerno y nuera, suegro y suegra»<sup>186</sup>.

Con este fragmento, ULPIANO recuerda el elenco de las personas contenidas en la *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, completado por la *Lex Papia Poppaea nuptialis* que establecía las personas excluidas de declarar como testigos<sup>187</sup>. Elenco, comprendido en el *Frag. Vat. 216-219*<sup>188</sup>.

---

<sup>183</sup> En este sentido, ASTOLFI, añade que «fra parenti e affini si crea un rapporto di solidarietà che, da un lato, li esonera dal testimoniare l'uno contro l'altro, ma dall'altro li costringe a un aiuto reciproco, assumendo, ad esempio, la tutela di uno di loro» (*La Lex iulia...*, *op. cit.*, p. 68).

<sup>184</sup> *Vid.*, FAYER, *op. cit.*, p. 147. Por lo que a las personas sujetas a la obligación de declarar a las que hace referencia GALLO [D. 22, 5, 5], ASTOLFI presisa que: «Ma, si badi bene, non all'obbligo di testimoniare in generale, ma a quello di testimoniare in ordine ai procedimenti celebrati per l'applicazione della lex Iulia et Papia» (*Il fidanzamento nella...*, *op. cit.*, p. 692) e, *La Lex iulia...*, *op. cit.*, pp. 68-69.

<sup>185</sup> *Vid.*, ASTOLFI, *La Lex iulia...*, *op. cit.*, p. 68.

<sup>186</sup> «-Lege autem Papia ii adfines excipiuntur, qui vir <et uxor et gener et nurus>, et socer et socrus umquam fuerunt» [*Fragm. Vat. 218* (ULPIANUS, *lib. sing. de off. pr. tut.*)].

<sup>187</sup> *Vid.*, FAYER, *op. cit.*, Nt. 429, p. 147.

<sup>188</sup> Dice el literal del fragmento citado: «Excipiuntur autem lege quidem Iulia cognatorum (sex gradus et ex septimo) sobrino sobrinave natus, sed et nata per interpretati(onem, quive in alicuius) borum potestate sunt quave in matrimonio, vel bi, qui su(nt cognatarum nos) trarum boc gradu contingentium mariti, ve(l eorum, qui sunt in potes) tate nostra, cofnati contingentes eos ea cofnati (one, quae supra scriptum gradum)non excedit. -217. Item nuptarum nobis co(gnati a nobis ad eundem) gradum vel nostri cognati ab uxoribus



En este sentido, los juristas clásicos GAIUS<sup>189</sup> y ULPIANO<sup>190</sup>, en sus obras dedicadas al comentario de la *Lex Iulia et Papia*, bajo la rúbrica: *Exceptis personis*, para la interpretación extensiva de los términos «gener» y «nurus», «socer» y «socrus» –contenidas en Frag. Vat. 218- consideraron que con los términos yerno y nuera se hacía referencia al prometido de la hija y a la prometida del hijo. Y, en consecuencia, con los términos de suegra y suegro a los progenitores de los prometidos, según un criterio interpretativo autorizado por AUGUSTO<sup>191</sup>. Por otra parte, también por suegros se entendía a los abuelos -maternos y paternos- y, probablemente, a los ulteriores ascendientes en línea recta del marido o de la esposa.

De lo dicho, conviene precisar que estas personas estaban excluidas de la obligación recíproca de testificar en los procesos celebrados para la aplicación de las normas contenidas en la legislación de AUGUSTO. De modo que con la interpretación extensiva de los significados de estos términos -de

---

nostris (excipiuntur). -218. Item. Lege autem Papia ii adfines excipiuntur, qui vir(et uxor et gener et nurus) et socer et socrus umquam fuerunt. -219. Item vitricus noverca privigna vel ipsorum vel eorum qui in eorum potes(t)ate (matrimoniove sunt quive) fuerunt» [Frag. Vat. 216 ULPIANUS, lib. Sing. de off. pr. tut.].

<sup>189</sup>«-In legibus, quibus excipitur, ne gener aut socer invitum testimonium dicere cogeretur, generi appellatione sponsus quoque filiae contineri placet; item soceri sponsae patrem» Trad.: «-En las leyes en que se exceptúa que el yerno ó el suegro no sea obligado contra su voluntad á prestar declaración, parece bien que se comprenda en la denominación de yerno también el esposo de la hija; y asimismo en la de suegro el padre de la esposa» [D. 22, 5, 5, (GAIUS, libro IV, ad legem Iuliam et Papiam)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, Primera parte, Digesto, T. II, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, p. 105).

<sup>190</sup> «-1. Generi et nurus appellatione sponsus quoque et sponsa continetur; item soci et socrus appellatione sponsorum parentes contineri videntur» Trad.: «-1. En la denominación de yerno y de nuera se comprenden también el esposo y la esposa; y asimismo parece que en la denominación de suegro y de suegra se comprenden también los padres de los esposos» [D. 38, 10, 6, 1 (ULPIANUS, libro V, ad legem Iuliam et Papiam)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, Primera parte, Digesto, T. III, Barcelona, 1897, *op. cit.*, p. 115).

<sup>191</sup> Cfr., [D. 22, 5, 5, (GAIUS, libro IV, ad legem Iuliam et Papiam)] y, [D. 38, 10, 6, 1 (ULPIANUS, libro V, ad legem Iuliam et Papiam)].

acuerdo con las normas- se excluyeron algunas categorías de parientes de la obligación de prestar testificación entre ellos<sup>192</sup>.

De lo anterior, dos son las afirmaciones, que sostienen y recogen aspectos de interés en cuanto al elenco de personas exoneradas de testificar. Son, de una parte, la norma de la *Lex Iulia et Papia* que incluye los términos comentados por GAIUS<sup>193</sup> y, de otra, la norma de la *Lex Iulia iudiciorum publicorum* invocada por PAULO en [D. 22. 5, 4]<sup>194</sup>. Este fragmento se presentaba en los siguientes términos:

«Por la Ley Julia sobre los juicios públicos se dispone, que contra su voluntad no se cite á uno, para que en un litigio preste testimonio contra su suegro, yerno, padrastro, hijastro, primo hermano, prima hermana, hijo de primo hermano, ó aquellos que estén en el primer grado; asimismo, tampoco al liberto del mismo, de sus hijos, de sus padres, de su marido, ó de su mujer, é igualmente de su patrono, ó de su patrona, y que ni los patronos, ni las patronas sean obligados á prestar declaración contra sus libertos, ni los libertos contra su patrono»<sup>195</sup>.

g) Los prometidos con mujeres menores de doce años, quedaban exentos –durante la espera del matrimonio- de las penas previstas por las Leyes de AUGUSTO para los célibes<sup>196</sup>. Esta exención responde a motivos de

---

<sup>192</sup> Vid., VOLTERRA, «Ricerche intorno agli sponsali...», *op. cit.*, p. 382; FAYER, *op. cit.*, p. 148; ASTOLFI, *La Lex iulia...*, *op. cit.*, pp. 69-70.

<sup>193</sup> Cfr., [D. 22, 5, 5, (GAIUS, *libro IV, ad legem Iuliam et Papiam*)].

<sup>194</sup> Vid., FAYER, *op. cit.*, p. 148; ASTOLFI, *La Lex iulia...*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>195</sup> «-Lege Iulia iudiciorum publicorum cavetur, ne invito denuntietur, ut testimonium litis dicat adversus socerum, generum, vitricum, privignum, sobrinum, sobrinam, sobrino natum, eosve, qui priore gradu sint; item, ne liberto ipsius, liberorum eius, parentum, viri, uxoris, item patroni, patronae, et ut ne patroni, patronae adversus libertos, neque liberti adversus patronum cogantur testimonium dicere» [D. 22, 5, 4. (PAULUS, *Libro II, ad legem Iuliam et Papiam*)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, Primera parte, Digesto, T. II, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, p. 105).

<sup>196</sup> En este sentido, VOLTERRA, sostiene que «parece, sin embargo, que después de haber transcurrido inútilmente un determinado periodo, desde el momento en que el matrimonio podía realizarse, se aplicaban también a los <sponsi> las penas previstas para

lógica, ya que habría sido injusto negar la capacidad de adquirir los bienes heredados a personas que tenían la intención de contraer nupcias, aunque su unión no podía tener la consideración de *iustum matrimonium* por falta de la edad legal.

### 3. ÉPOCA POST-CLÁSICA

Es en la época post-clásica -Siglo IV d. C.- cuando se produce un cambio radical en los esponsales, debido a que la influencia ejercida por el cristianismo originó que el compromiso de constituir un futuro matrimonio no solo comportara el hecho de que surgiese un vínculo jurídico obligatorio entre los futuros cónyuges y sus familiares –a este vínculo el Derecho positivo le reconocía eficacia jurídica en algunos aspectos-, sino que además añadió una relación personal entre los prometidos, que para muchos efectos parecían equiparados a la que mediaba entre los propios cónyuges.

Esta transformación se puso de manifiesto tras el análisis de las Constituciones imperiales posteriores a dicho Siglo y, sería fruto de la introducción y regulación de una figura de esponsales estructurada de forma diversa a la de los esponsales previstos por los textos de los juristas clásicos, por lo que su consideración era distinta. Este nuevo compromiso matrimonial, nacido de la influencia cristiana, se caracterizó por la realización de determinadas formas que indicaron, tanto el inicio de los esponsales como del nacimiento de efectos jurídicos de carácter personal y patrimonial que estaban ligados a éstos. Estas formas que se correspondían con los actos del ritual cristiano de los esponsales que estaban en uso en las antiguas Iglesias orientales y occidentales, evidencia que la pretensión última de los Emperadores cristianos, fue dar al compromiso un valor jurídico.

En este sentido, los presupuestos introducidos por estos Emperadores, se concretaron en la reciprocidad de Derechos personales

---

los *caelibes*» (*Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, Nt. 44, p. 655); «Osservazioni intorno...», *op. cit.*, Nt. 8, p. 493 y, voce «Sponsali»..., *op. cit.*, p. 36. *Vid.*, también las aportaciones de GUZMAN BRITO, *op. cit.*, p. 337; BERNARD MAINAR, *op. cit.*, p. 529; CASTELLO, «Lo status personale...», *op. cit.*, p. 1173.

entre los prometidos y en el establecimiento de sanciones con penas de carácter patrimonial aplicables a la disolución unilateral del compromiso, fuera de algunas justas causas determinadas por la nueva Legislación<sup>197</sup>.

En definitiva, este nuevo régimen jurídico asumido por los esponsales, originó la desaparición de la libertad de incumplimiento que regía en la época clásica y, la aproximación de los efectos –en algunos aspectos- que producían en los prometidos a los que el matrimonio generaba en los cónyuges, pero no comportó que el compromiso esponsalicio –en sí mismo considerado- llegará a equipararse al matrimonio.

### **A. Las donaciones entre los prometidos**

CONSTANTINO, con la Constitución inserta en el Título V del Libro III del Código Theodosiano [C. Th. 3, 5, 2] bajo la rúbrica: *De sponsalibus et ante nuptias donationibus*, del año 319, plasmada con algunas variaciones en el Código Justiniano [C. 5, 3, 15<sup>198</sup>] con el título: *De donatibus ante nuptias vel*

---

<sup>197</sup> Vid., VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit., p. 656 y, voce «Sponsali»..., op. cit., p. 540; GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado...*, op. cit., p. 158; FERNÁNDEZ BARREIRO y PARICIO SERRANO, op. cit., p. 19; BERNARD MAINAR, op. cit., p. 529.

<sup>198</sup> «Quum veterum sententia displiceat, quae donationes in sponsam nuptiis quoque non secutis decrevit valere, ea, quae largiendi animo inter sponsos et sponsas iure celebrantur, redigi ad huiusmodi condiciones iubemus, ut, sive affinitatis coeundae causa, sive non ita, vel in potestate patris degentes, vel ullo modo proprii iuris constituti, tamquam futuri causa matrimonii aliquid sibi ipsi vel consensu parentum mutuo largiantur, si quidem sponsus vel parens eius sortiri noluerit uxorem, id, quod ab eo donatum fuerit, nec repetatur traditum, et si quid apud donatorem resedit, ad sponsam et heredes eius submotis ambagibus transferatur. -1. Quod si sponsa vel is, in cuius agit potestate, causam non contrahendi matrimonii praebuerit, tunc sponso eiusque heredibus sine aliqua diminutione per conditionem aut per utilem in rem actionem redhibeantur. -2. Quae similiter observari oportet, et si ex parte sponsae in sponsum donatio facta sit» Trad.: «No pareciéndonos bien la resolución de los antiguos, que prescribió que fuesen válidas las donaciones hechas á la esposa aun no habiéndose seguido las nupcias, mandamos, que las convenciones que entre esposos y esposas se celebran en derecho con ánimo de hacerse donación, se acomoden á condiciones de esta naturaleza, que, si por causa de contraer afinidad, ó no por esto, ora viviendo bajo la potestad del padre, ora constituidos de algun modo de propio derecho, se hicieran ellos mismos alguna donación como por causa de futuro matrimonio, ó con el mútuo consentimiento de los padres, si verdaderamente el esposo ó sus padres no quisieren que el hijo se case, no se repita habiendo sido entregado lo que por él hubiere sido donado, y si alguna cosa quedó en poder del donador, sea transferida á la esposa y á sus herederos prescindiéndose de rodeos. -1. Pero si la esposa,

*propter nuptias et sponsalibus*, estableció la no aceptación de la *veterum sententia*, puesto que para este Emperador las donaciones entre prometidos eran válidas aunque no se celebrara el matrimonio<sup>199</sup>.

En suma, este Emperador que al inicio del fragmento hizo alusión únicamente a las «donaciones in sponsam», teniendo presente las donaciones que provenían del prometido, al final del mismo extendió a estas donaciones las normas establecidas para las donaciones hechas por el «sponsus»<sup>200</sup>. Además, estableció que todas las donaciones «inter sponsos et sponsas» debían tener la consideración de realizadas con antelación de un futuro matrimonio, con ello soluciona el supuesto de que el compromiso no siguiese al matrimonio<sup>201</sup>.

Los supuestos que resumen la disciplina que regulaba estas donaciones, son: De una parte, que en caso de que los prometidos «filiifamilias» –con el consentimiento de su padre- ó «sui iuris» –por propia iniciativa- se hubiesen intercambiado regalos en previsión del futuro

---

ó aquél bajo cuya potestad vive, diere motivo para que no se celebre el matrimonio, en este caso devuélvase las cosas al esposo y á sus herederos sin disminución alguna por medio de la condición ó por la acción real útil. -2. Lo que del mismo modo debe observarse, también si por parte de la esposa se le hubiera hecho al esposo una donación» [C. Th. 3, 5, 2 = C. I. 5, 3, 15 (IMP. CONSTANTINUS A. ad MAXIMUM P. U)] (GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso: *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al Castellano del Latino, publicado por KRIEDEL, HERMANN Y OSENBÜRGGEN, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por Idelfonso GARCÍA DEL CORRAL, segunda parte, revisado del texto latino por Emilio BERMANN, Código, T. I, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, pp. 554-555).

<sup>199</sup> *Vid.*, las aportaciones de FERRETTI, Paolo: «La restituzione dei doni fatti a causa della promessa di matrimonio in una prospettiva storico-comparatistica», in *Ann. Univ. Ferrara-Sc. Giur. Nuova Serie*, Vol. XI, 1997, p. 233.

<sup>200</sup> *Vid.*, FERRETTI, *Le donazioni...*, *op. cit.*, Nt. 38, p. 99; FAYER, *op. cit.*, Nt. 322, p. 107.

<sup>201</sup> En este sentido, ASTOLFI, se pregunta si CONSTANTINO había legislado para todas las donaciones realizadas entre los prometidos, sin realizar distinción alguna (*vid.*, *Il Fidanamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 172). Por su parte, FERRETTI, dice que «si potrebbe sommessamente avanzare l'ipotesi che fosse comunque consentito ai privati, in vigenza della disciplina generale constantiniana, imposta a tutte le donazioni tra nubendi, di derogarvi con patto espresso. In altri termini, era forse consentito ai fidanzati di convenire in modo esplicito che un dono fosse irrevocabile» (*Le donazioni...*, *op. cit.*, p. 103).

matrimonio sí, con posterioridad, por voluntad propia<sup>202</sup> el prometido rompía la promesa de futuro matrimonio, no tenía derecho a reclamar las donaciones dadas, debido a que la «sponsa» debía tener todo don nupcial -ya fuera «simplex» o «adfnitatis contrahendae causa datum vel prosissum»<sup>203</sup>-; De otra, en el supuesto de que fuese la prometida o su padre -debido a que la tenía bajo su patria potestad- el que disolviese el compromiso, las donaciones se debían restituir de forma íntegra al prometido o a sus herederos. También esta regla regía para el supuesto de que las donaciones hubiesen sido realizadas por la prometida al prometido<sup>204</sup>.

De modo que la correlación existente entre la ruptura del compromiso y la restitución de los regalos nupciales, pone de manifiesto que las donaciones recíprocas entre los novios se encontraban sometidas a la condición tácita del cumplimiento del matrimonio, por tanto, establecidos los esponsales y no contraído aquél, la parte afectada podía restituir todo lo donado en caso de que los regalos hubiesen sido otorgados -exclusivamente- en virtud del futuro matrimonio siempre que la disolución del compromiso no fuese por su culpa. Este derecho no era ostentado por la parte que con su conducta hubiese dado lugar a la no celebración de las nupcias<sup>205</sup>.

Asimismo, si el compromiso se disolvía por voluntad de una de las dos partes, ni se admitía justa causa de disolución, ni alegar como motivo la conducta de vida o la baja condición social de uno de los prometidos, debido a que todo ello debía haber sido previsto con anterioridad a la constitución

---

<sup>202</sup> Sobre la transformación sufrida por la expresión «sponte vir» contenida en [C. Th. 3, 5, 2] en «sponsus vel parents eins» en [C. I. 5, 3, 15], donde también se tiene en consideración la voluntad del padre del prometido, *vid.*, el extenso estudio de FAYER, *op. cit.*, p. 107.

<sup>203</sup> Ya fuera simple o por causa de contraer afinidad, *vid.*, las aportaciones de VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 656 y, voce «Sponsali»..., *op. cit.*, p. 36.

<sup>204</sup> *Vid.*, FERRETTI, «La restituzione dei doni fatti...», *op. cit.*, p. 233.

<sup>205</sup> *Vid.*, TORRENT, *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 540; GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 159; BERNARD MAINAR, *op. cit.*, p. 529; VOICI, *Studi di Diritto...*, *op. cit.*, p. 468; FUENTESECA, *op. cit.*, p. 377.

de los esponsales<sup>206</sup>. Por tanto, el único motivo tenido en cuenta era la voluntad manifestada por una de las partes de romper el compromiso y de su indisponibilidad en el futuro para el matrimonio.

Observamos que la disciplina dictada por este Emperador en el año 319 d. C., en comparación con la vigente durante la época clásica, comporta una profunda innovación respecto de la restitución o no de las donaciones en el supuesto de inexistencia de consentimiento para la celebración de la boda, puesto que ya no depende de la voluntad de las partes, sino que será la Ley y no los prometidos la que establecerá la pérdida o no de las donaciones en caso de que el consentimiento a la boda sea negado<sup>207</sup>.

En definitiva, la parte inicial de esta Constitución se cierra con la categórica exclusión como justa causa del repudio, por lo que la restitución o no de las donaciones está en función únicamente de la voluntad contraria a la celebración del matrimonio, ya que poco interés tiene a quién le sea atribuible la disolución de los esponsales, sino únicamente quién lo pone de manifiesto. Por tanto, este régimen catalogado de severo<sup>208</sup> no admite justa causa de disolución de los esponsales para la revocación de las donaciones.

También se muestra la voluntad imperial de reforzar la eficacia coercitiva de las donaciones «inter sponsum et sponsam», ya que una cosa era admitir que los prometidos -si así lo deseaban- podían acordar la pérdida o restitución de las donaciones y, otra muy distinta imponer *ex lege* a ésta el mismo régimen. De modo que resulta indiscutible que CONSTANTINO

---

<sup>206</sup> Después de «donatio facta sit»: «2. nullis caussis ulterius requirendis, ne forte mores aut origo dicatur, vel quicquam aliud opponatur, quod sibi quisquam non convenire existimat, cum longe ante, quam sponsalia contrahantur, haec cuncta prospici debuerint [...]» [C. Th. 3, 5, 2, 2 (IMP. CONSTANTINUS A. ad MAXIMUM Pf. U)] (HAENEL, Gustavus: *Codices Gregorianus Hermogenianus Theodosianus*, Editit Gustavus Haenel, Supplementum. Insunt constitutiones aliquot novae codicis theodosiani, novellae constitutiones et XVIII constitutiones, quas sirmondus edidit, 1842, pp. 295-296).

<sup>207</sup> En este punto, *vid.*, las argumentaciones de FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nella...*, 2002, *op. cit.*, p. 169.

<sup>208</sup> Contra, CASTELLO, «Legislazione...», *op. cit.*, pp. 384 y ss.

introduce un fuerte obstáculo a la disolución del compromiso, en una política encaminada a reforzar el instituto matrimonial<sup>209</sup>.

Sin embargo, CONSTANTINO con posterioridad admitió como causa de disolución del compromiso el fallecimiento de uno de los prometidos<sup>210</sup>, limitando la justificación de la disolución del compromiso únicamente al supuesto de que falleciese de una de las partes<sup>211</sup>.

Con el tiempo se atenuó el rigor de la disposición precedente, y en el año 332 d. C., establece, de una parte, como justa causa de disolución del compromiso a favor de la «sponsa» el supuesto en el que el «sponsus» no hubiese mantenido la promesa y hubiesen transcurrido más de dos años desde que se efectuó el compromiso; de otra, reconoce que no se comporta deslealmente «nihil fraudis ei sit» la prometida que no habiendo contraído nupcias dentro de los dos años siguientes al compromiso, contrae matrimonio con otra persona y, finalmente, es lícito disolver cualquier

---

<sup>209</sup> Vid., GOTHOFREDUS, Jacobus: *Codex Theodosianus cum Perpetuis Commentariis, Opus recognitum, opera et studio, Antonii MARVILII*, ed. Nova, I, Lipsiae, 1736, p. 303.

<sup>210</sup> En este sentido, CONSTANTINO, distinguía, que en caso de muerte del donatario – «sponsus» o «sponsa»- el donante supérstite podía solicitar la restitución de la donación siempre. Mientras que si fallecía el donante, la podían pedir únicamente algunos herederos -el padre, la madre y también los hijos habidos de matrimonios anteriores del difunto- y, en ausencia de éstos, la donación era irrevocable, es decir, que si los sucesores del donante eran parientes de otro grado, el donatario retenía las donaciones para sí. Vid, de esta opinión, entre otros, FERRETTI, Paolo: «Le donazioni tra fidanzati nella política matrimoniale di Costantino», in *Diritto Storia*, n. 2, 2003, Università di Trieste, p. 2; VOGLI, «Storia della patria potestas da Costantino...», *op. cit.*, p. 468. Por el contrario, COSTA, *op. cit.*, p. 28.

<sup>211</sup> «-3. Et quoniam fieri potest, ut moriatur alter adhuc incolumi voluntate prius, quam nuptiae contrahantur, congruum duximus, eo, in quem fuerat facta donatio, ante matrimonii diem functo, quae sponsalierum titulo vel data vel ullo genere donata sunt, ad eum, qui donaverat, revocari: eo etiam, qui donaverat, ante nuptias mortuo, mox infirmari donationem, et ad eius heredes sine aliqua difficultate retrahi res donatas» [C. Th. 3, 5, 2, 3 (IMP. CONSTANTINUS A. ad MAXIMUM Pf. Urbe)]. Este párrafo no fue trasladado por JUSTINIANO en [C. I. 5, 3, 15], debido a que estableció una nueva disciplina en otra constitución posterior de Constantino (año 336 d. C.), en concreto en [C. Th. 3, 5, 6 = C. 5, 3, 16 (IMP. CONSTANTINUS A. ad TIBERIANUM, Vicarium Hispaniarum)] en la que se hizo alusión a una nueva disciplina en caso de fallecimiento de uno de los prometidos.



compromiso cuya duración hubiese sido superior a dicho periodo de tiempo<sup>212</sup>.

Posteriormente, en el año 336 d. C., en otra Constitución, retoma nuevamente el supuesto en el que el compromiso había sido disuelto por muerte de uno de los prometidos, estableciendo una nueva disciplina y corrigiendo la dictada en el año 319 d. C.

Esta Constitución que se caracteriza por ser la primera en la que se menciona el cambio del beso «ósculo interviniente»<sup>213</sup> entre los «sponsi» otorgaba efectos jurídicos en el supuesto de donaciones entre los prometidos cuando se producía el fallecimiento de uno de ellos –«sponsus» o «sponsa»-. CONSTANTINO en la Constitución dirigida a TIBERIANO, Vicario de las Españas<sup>214</sup> [C. Th. 3, 5, 6 = C. 5, 3, 16<sup>215</sup>].

<sup>212</sup> Vid., VOCI, *Studi di Diritto...*, *op. cit.*, p. 468; FAYER, *op. cit.*, p. 108; BIONDI, *Il Diritto...*, *op. cit.*, p. 341.

<sup>213</sup> En relación a las fuentes literarias cristianas y, no cristianas anteriores a CONSTANTINO que entiendan «l'osculum» como el resultado intrínsecamente vinculado al matrimonio, a la vida conyugal o, a su inicio como elemento del rito nupcial. Entre las fuentes cristianas, entre otras, vid., TERT, *orat.* 22; *vurg. vel.* 11; FERRONI, Arnoldi: *In consuetudines Burdigalensium. Commentariorum Libri duo*, Lugduni, 1585, p. 264; y entre las no cristianas, LUCR, 4. 1192 ss; MART. *Epigr.* 11.98; SERV, *aen.* 1.256. Asimismo, la costumbre del beso como elemento de la celebración de los esponsales sería atestiguada después de CONSTANTINO por diversas fuentes literarias y jurídicas cristianas y no cristianas. Entre las diversas fuentes, vid., TAMASSIA, Giovanni: *Osculum interveniens. Contributo alla storia dei riti nupziali*, Turin, 1885, p. 494; VOLTERRA, «Studio sull'arrha sponsalicia [I]»..., *op. cit.*, pp. 76 y 78 y ss.; ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 177. En particular, GOTHOFREDUS sostiene que «era una ceremonia de origen cristiano» (*op. cit.*, p. 308).

<sup>214</sup> Esta constitución dirigida a TIBERIANO, Vicario de las Españas, hace pensar que se trataba de una costumbre propia de la zona española del Imperio.

<sup>215</sup> «Si ab sponso rebus sponsae donatis, interveniente osculo, ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, dimidiam partem rerum donatarum ad superstitem pertinere praecipimus, dimidiam ad defuncti vel defunctae heredes, cuiuslibet gradus sint, et quocunque iure successerint, ut donatio stare pro parte media et solvi pro parte media videatur; osculo vero non interveniente, sive sponsus sive sponsa obierit, totam infirmari donationem, et donatori sponso vel heredibus eius restitui. -1. Quod si sponsa, interveniente vel non interveniente osculo, donationis titulo (quod raro accidit) fuerit aliquid sponso largita, et ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, omni donatione infirmata, ad donatricem sponsam sive eius successores donatarum rerum dominium transferatur» Trad.: «Si donadas algunas cosas por el esposo ó la esposa, mediando ósculo, aconteciere que él ó ella moría antes de las nupcias, mandamos que la mitad de las cosas donadas le pertenezca al sobreviviente, y la otra mitad á los herederos del difunto ó de la

Los efectos previstos se pueden resumir en los siguientes:

a) En caso de fallecimiento de uno de los «sponsi», si mediaba «ósculo interviniente» la donación se debía dividir en dos partes iguales, correspondiendo una mitad al superviviente –donante o donatario- y, la otra mitad a los herederos del fallecido/a, sin excepción alguna,

b) en caso de esponsales celebrados sin «ósculo interviniente», la donación debía ser restituida al donante o a sus herederos y,

c) en el supuesto de donación efectuada por la «sponsa» –mediase o no «ósculo interviniente»- el fallecimiento de cualquiera de los prometidos con anterioridad a la celebración de las nupcias, comportaba que la donación fuese tenida –completamente- por inválida y transferida a la donadora o a sus herederos.

En definitiva, este texto se configura como la única fuente en el que se afirma con precisión la existencia del rito del «ósculum» en los esponsales y en el que se les atribuye importancia jurídica. Además, adquiere relevancia para el Derecho romano<sup>216</sup>, debido a que el cambio del beso otorgaba a la prometida o a sus herederos el derecho a retener la mitad de las donaciones esponsalicias para el supuesto de fallecimiento de uno de los prometidos<sup>217</sup>.

---

difunta, de cualquier grado que sean, y por cualquier derecho que sucedan, de modo que se considere que la donación subsiste en cuanto á la mitad y se disuelve en cuanto á la otra mitad; pero que no mediando ósculo, ya si falleciere el esposo, ya si la esposa, se invalide toda la donación, y se restituya al esposo donante ó á sus herederos. -1. Pero si la esposa, mediando ó no mediando ósculo, le hubiere dado algo al esposo á titulo de donación (lo que rara vez sucede) y aconteciere que él ó ella moría antes de las nupcias, quedando invalidada toda la donación, transfírase á la esposa donadora ó á sus sucesores el dominio de las cosas donadas» [C. Th. 3, 5, 6 = C. 5, 3, 16 (IMP. CONSTANTINUS A. ad TIBERIANUM, *Vicarium Hispaniarum*)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, segunda parte, revisado del texto latino por Emilio BERMANN, Código, T. I, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, p. 555).

<sup>216</sup> Así, FAYER, dice que: «Ritiene che l'osculum nella celebrazione degli sponsali, di cui parla CONSTANTINO, abbia un'efficacia giuridica ai fini delle donazioni» (*op. cit.*, Nt. 334, p. 112). En la misma línea, *vid.*, ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 178.

<sup>217</sup> Con anterioridad, a este emperador el único autor que hizo alusión al cambio del beso entre los prometidos fue TERTULIANO [Orat. 22, 10 (P. L. 1, 1297)].

En particular, las pretensiones que presenta esta Constitución, se resumen en: ampliar el ámbito de aplicación de la Ley precedente<sup>218</sup> y, regular nuevamente una hipótesis de carácter particular. De modo que la donación podía ser siempre revocada en caso de fallecimiento del donatario, mientras que en el supuesto de fallecimiento del donante, solo podía ser revocada si los herederos del donante eran el padre; la madre o, los hijos del primer matrimonio<sup>219</sup>.

En suma, este último límite se elimina con la Legislación del año 336 d. C., al permitir la revocación en caso de que la donación se realizara por el «sponsus» y los esponsales se concluyesen con «ósculo» no interviniente, puesto que la donación entera podía ser revocada por el donante supérstite o por sus herederos y, si era efectuada por la «sponsa» interviniendo o no «ósculo» -en la celebración de los esponsales- ésta debía ser revocada a la donante supérstite o a sus herederos. Esta previsión no regía en caso de que mediara «ósculo interviniente» en la celebración de los esponsales y, la donación hubiese sido efectuada por el «sponsus», debido a que en este supuesto la donación era dividida en dos partes.

En definitiva, CONSTANTINO con ambas Constituciones [C. Th. 3, 5, 2 y 6 = C. 5, 3, 15 y 16] -respectivamente de los años 319 y 336 d. C.- aporta una nueva reglamentación a la materia de las donaciones esponsalicias, pero sin identificarlas con las «*arrhae sponsaliciae*». Afirmación última que ha sido objeto de controversia doctrinal<sup>220</sup>, debido a que el reconocimiento de la

<sup>218</sup> Cfr., [C. Th. 3, 5, 2 = C. I. 5, 3, 15 (IMP. CONSTANTINUS *A. ad MAXIMUN P. U*)].

<sup>219</sup> *Vid.*, [C. Th. 3, 2, 5-3].

<sup>220</sup> Respecto a la controversia suscitada en doctrina sobre si la institución de las «*arrhae sponsaliciae*» fue o no introducida en el Derecho romano por la legislación de CONSTANTINO, MITTEIS, Ludwig (en *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreich*, Leipzig, 1891, p. 305) observa que «CONSTANTINO nelle sue costituzioni, vienì a dare un regolamento nuovo alla sponsalicia largitas stabilendo che la sposa debba avere sempre ogni dono nuziale, sia simplex o adfinitas contrahendae causa datum vel promissum, se il fidanzato rompe la promessa: nel caso inverso è essa che deve restituire la donazione» y, concluye que «la donatio è unicamente regolata e interpretada come *arrha sponsalicia*». Por el contrario, FAYER, niega la identificación de la donación esponsalicia con la «*arrhae sponsaliciae*» y, afirma que «en la legislación de CONSTANTINO no hay ninguna referencia a tal institución» (*op. cit.*, p. 115). También, VOLTERRA, sostiene que «l'identificazione fra l'arra sponsalicia e la donazione nuziale nella legge di COSTANTINO

institución de las «*arrahae sponsaliciae*» en la Legislación romana resulta difícil de concretar conforme a la escasez de fuentes; la incerteza de la denominación; la confusión de los términos y, la falta de concreción sobre cuáles fueron las Constituciones imperiales que la regularon, pero aún a pesar de las pocas normas que se conocen y permanecen vinculadas con los pasos literarios y con los ritos cristianos, lo cierto es que en la Legislación de CONSTANTINO no se hizo requerimiento alguno a tal institución, sino que sería con posterioridad cuando se introdujese esta figura en el Derecho romano.

### B. El compromiso arral

La figura de la «*arrae*» o «*arrahae sponsaliciae*»<sup>221</sup> -que como norma general, era entregada por el prometido a la prometida- fue introducida en el Derecho romano en la época postclásica. En particular, el llamado compromiso arral era considerado como prueba y garantía del cumplimiento de la promesa de matrimonio por medio de la entrega de regalos<sup>222</sup> (dinero, ropa de vestir, joyas [...]).

---

appare insostenibile per una serie de argomenti. In primo luogo la L. 6 C. Th 3, 5 presenta anche il caso della daziione da parte della fidanzata mentre nessuna delle norme che trattano espressamente dell'*arraha sponsalicia* si parla mai di ciò. Il trattamento fatto da CONSTANTINO per la restituzione di queste donationes nel caso della morte del fidanzato, è diverso da quello prescritto per le «*arrahae*» in una costituzione di ONORIO E TEODOSIO. In secondo luogo la legge di CONSTANTINO è stata sempre interpretata sin dai tempi antichi, come riferentesi alle donazioni sponsalicie e non alle *arra*. È importante notare l'interpretazione, già ricordata, data da GIUSTINIANO mutando nell'ultima parte, *sponsaliorum* titolo in *donationis* titolo». Además añade que «nel codice TEODOSIANO, dove non vi è un titolo distinto per le *arrhe*, questa norma è inserita insieme alla Costituzione di GRAZIANO, VALENTINIANO E TEODOSIO nel titolo de *sponsalibus et ante nuptias donationibus*, ma nel Codice GIUSTINIANO si trova nel de *donationibus ante nuptias*» («Studio sull'*arraha sponsalicia* [I]»..., *op. cit.*, pp. 73 y ss.). Estas consideraciones, entre otras, hacen pensar al autor que es insostenible la identificación entre la «*arrahae sponsaliciae*» y la donación sponsalicia en la legislación de CONSTANTINO.

<sup>221</sup> A diferencia del «*arraha*» -palabra semítica penetrada en el Derecho greco y de éste traspolada a Roma -donde fue usada para indicar una forma de garantía comercial-, el «*arraha sponsaliciae*» es un término desconocido antes del Siglo IV en la lengua greca y latina.

<sup>222</sup> Respecto al «*anulus sponsaliorum*», *vid.*, Liber Syro Romanus Iuris, § 91.

**a) Consideraciones preliminares**

La constitución del compromiso procedía tras la aceptación de las arras, por lo que su ulterior disolución acarrearba la imposición de la pena establecida en la restitución de las arras recibidas o de un múltiplo de su valor e, incluso en la pérdida de las arras dadas, debido a que se configuraba como una limitación a la libertad de las partes para retirar la promesa de matrimonio efectuada.

Con carácter previo a la relación existente entre el compromiso arral y el clásico, conviene precisar que continuó existiendo el compromiso clásico, privado de forma y basado en un sistema de completa libertad en la época postclásica, debido a que la existencia en la Compilación Justiniana de normas que se referían tanto a uno como a otro tipo de compromiso, se justifica en el Título I: *De sponsalibus*, contenido en el Libro XXIII del Digesto, que contiene normas antiguas y más recientes relativas a los esponsales clásicos, recogiendo también el paso de los juristas clásicos que hicieron referencia a esta figura.

Dos han sido las teorías doctrinales contrapuestas surgidas de la relación existente entre estos dos tipos de compromisos –el arral y formal y, el no arral, privado de forma y consensual-. Son, de una parte, la de aquellos autores que consideraban que los esponsales clásicos y los esponsales arrales constituían dos tipos de compromisos distintos, por lo que se debían mantener separados y, de otra, la de aquellos otros partidarios en que este último seguía siendo el anterior compromiso clásico, privado de forma, al que se le añadía la previsión de las arras.

VOLTERRA que ha sido uno de los mayores defensores de la primera teoría sostiene que se trata de dos tipos de compromisos distintos: uno existente en la época cristiana que responde a la exigencia de una nueva mentalidad social, identificado con el de las arras -es decir, aquél en el que el compromiso del futuro matrimonio se acompaña de la entrega de las *arrhae*

sponsaliciae- y, otro, el existente en la época clásica que radica en una simple mención y promesa de futuras nupcias<sup>223</sup>.

De modo que el compromiso arral constituye un nuevo sistema de compromiso, identificado con el compromiso matrimonial de la época cristiana, ya presente en el Derecho semítico<sup>224</sup> y de cuyo concepto se apropió la iglesia oriental. Por ello, su aplicación en el Derecho romano se realizó por medio de las Constituciones de los Emperadores cristianos, que por la semejanza que presentaba con la «arrha» de los contratos, lo designaban -siguiendo el ejemplo de los escritores eclesiásticos- con el nombre de «arrha sponsalicia<sup>225</sup>».

En síntesis, el compromiso clásico -aunque todavía recordado en el Corpus Iure- que raramente fue seguido en la práctica, adquirió algo más de relevancia en el Siglo IV, mientras que el compromiso arral -surgido en la época cristiana- parece constituir el sistema más utilizado, debido a que los Emperadores bajo el influjo de las normas eclesiásticas se la atribuyeron<sup>226</sup>.

Por el contrario, en la segunda teoría doctrinal, la contraposición entre el compromiso pagano -privado de forma y consensual- y, el compromiso cristiano -arral y formal- sostenido por VOLTERRA, no resulta todavía probada. Por tanto, los esponsales arrales no serían configurados como un nuevo tipo de esponsales que se añadirían a los clásicos, sino que

---

<sup>223</sup> Cfr., [D. 23, 1, 1 (FLORENTINUS, *libro III. Institutionum*)].

<sup>224</sup> Las fuentes cristianas a través de los ritos hebraicos, ponen de manifiesto que el Derecho semítico se utilizó en los rituales de la iglesia oriental, la cual se apropió del concepto del compromiso semítico.

<sup>225</sup> En este sentido, VOLTERRA, dice que «no se acepta la opinión prevaleciente durante un tiempo y, hoy ya abandonada, que consideraba el compromiso de las arras como el antiguo compromiso matrimonial clásico, privado de formas, al que se añade la entrega de una «arrha». Al contrario, se trata de los esponsales cristianos en los que aparece la entrega formal de la «arrha», que tiene gran importancia en el rito religioso...» (*Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, Nt. 49, p. 657).

<sup>226</sup> En esta materia, *vid.*, las aportaciones de VOLTERRA, Eduardo: «Studio sull'arrha sponsalicia [II]», in *Scritti giuridici. I. Famiglia e successioni*, con una nota di Mario TALAMANCA, Jovene editore, Napoli, 1991, pp. 110; «Ricerche intorno agli sponsali...», *op. cit.*, p. 420 e, *Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, pp. 656-657.

seguirían siendo estos últimos –es decir, contratos mediante simples declaraciones no formales que se constituyen sin donaciones y arras sponsalicias y, que se disuelven por actos unilaterales inmotivados-, pero ahora reforzados por las arras y demás reglas o normas<sup>227</sup>.

**b) *El origen del término «*arrahae sponsaliciae*»***

A finales del Siglo III d. C., aunque se observó la aparición en los escritores de la época de la primera mención a este instituto, lo cierto es que sería con posterioridad, en el Siglo IV d. C., cuando realmente fuera extendido y utilizado<sup>228</sup>. Si bien, en el Siglo III d. C., se encuentra la expresión «*arrae regia*», utilizada por JULIO CAPITOLINO, con ocasión de una celebración de esponsales. Este fragmento, que es parte de la *Historia Augusta*, se presenta en los siguientes términos:

«Desponsa illi (Maximino) erat Iunia Fadilla, proneptis Antonini, quam postea accepit Toxotius, eiusdem familiae senator, qui

---

<sup>227</sup> En este sentido, ARANGIO-RUIZ, Vicencio (en *Instituzioni di Diritto Romano*. Quattordicesima Edizione riveduta Ristampada anastatica. Casa Editrice Dott- Eugenio Jovene, Napoli, 1989, p. 447) dice que «le arre e le regole relative s'innestarono sul principio romano degli sponsali contratti mediante dichiarazione non solenne». Por su parte, BALESTRI FUMAGALLI, matiza que: «Contemporanea, ma distinta ed accessoria rispetto agli sponsali, la dazione delle *arrahae*, nel caso in cui venga effettuata, non crea un nuovo tipo di rapporto, che si aggiunge e si sovrappone a quello precedente, ma giustifica, nell'ambito del medesimo istituto, un nuovo regime, soggetto ad una disciplina molto aspra» (voce «Sponsali..», *op. cit.*, p. 503) y, ASTOLFI, añade que: «Non sembra, però, che la contrapposizione abbia ragione di essere. La concezione del fidanzamento è unica... Il fidanzamento arrale si differenzia da quello non arrale, perchè la promessa di matrimonio è garanzia dalla dazione delle arre e quindi viene punito il recesso ingiustificato» (*Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 207). También, *vid.*, las aportaciones de FAYER, *op. cit.*, p. 96.

<sup>228</sup> Este instituto netamente distinto del «*arraha*» de la compraventa –que derivó de los antiguos Derechos orientales, donde el compromiso venía formalmente constituido con la entrega de un objeto o de una suma de dinero del hombre a la mujer o a la familia de ésta– apareció al final del siglo III en las fuentes literarias y, en el Siglo IV en las jurídicas. El «*arraha sponsalicia*» romana que consistió en una entrega por parte del futuro esposo por ocasión del compromiso, como prueba y garantía de la futura promesa de matrimonio innovó el sistema de los esponsales clásicos libres de cualquier restricción, ya que funcionaba como multa para el supuesto de su disolución.

perit post praetoram, cuius etiam poemata exstant. Manserunt autem apud eam arrae regiae [...]»<sup>229</sup>.

En dicho fragmento el autor narra cómo, tras la disolución del compromiso entre Máximo y Fadilla, nieta de Antonio Pio, las «arrae regie» permanecieron en poder de la mujer. Esta expresión inexistente en ningún otro texto, indica que se trataban de objetos de valor «insignia sponsaliorum» dados con ocasión del compromiso<sup>230</sup>.

A pesar de hacer mención, con las frases utilizadas por CAPITOLINO lo cierto es que no se aclaraba si con ellas se aludía a un verdadero instituto jurídico vigente o, si la adopción del término «arra» para indicar los regalos – objetos de valor- se trataba de objetos de valor económico «insignia sponsaliorum» entregados con ocasión del compromiso, existiendo posiblemente el derecho de reclamarlos tras la disolución del compromiso<sup>231</sup>.

Por otra parte, en los escritos cristianos del Siglo IV d. C., era muy frecuente el uso, tanto del término «subarrhari<sup>232</sup>» como el de «arrha», referida a la unión religiosa, lo que justifica la afirmación que sostiene que, aunque estas fuentes literarias son de suma importancia (son prueba de que en este Siglo existía ya en el uso cotidiano la otorgación de arras para

---

<sup>229</sup> [IULII CAPITONINI, *Maximini Duo*, 27, 7].

<sup>230</sup> «[...] monolinum de albis novem, reticulum cum prasinis undecim, dextrocherium cum copula de hyacinthis quattuor praeter vestes auratas et geminis ornatas ceteraque insignia sponsaliorum». Por su parte, VOLTERRA, dice que «l'Historia Augusta, di cui l'opera di Capitolino fa pare, sia ricca di «aneddoti più o meno immaginosi e spesso completamente fantastici. Potrebbe anche darsi che Capitolino riporti a Massimino un istituto in vigore solo più tardi al tempo in cui egli scriveva (fine del III secolo sotto Constantino) e adoperi tale termine per indicare i regali di uso. Questa osservazione avrebbe anche un ulteriore appoggio nel fatto che prima della legge di CONSTANTINO [C. I. 5, 3, 15] i doni sponsalici hanno il valore di semplici donazioni e non si possono ripetere nemmeno nel caso di scioglimento del fidanzamento» («Studio sull'arrha sponsalicia [I]»..., *op. cit.*, p. 63).

<sup>231</sup> *Vid.*, VOLTERRA, «Studio sull'arrha sponsalicia [I]»..., *op. cit.*, pp. 62-63.

<sup>232</sup> *Vid.*, BRANDILEONE, Francesco: «Contributo alla studio della subarrhatio», in *Studi per il cinquantesimo anno d'insegnamento di Enrico PESSINA*, Napoli, 3, 1899, pp. 229-258, ripubblicato in *Saggi sulla storia della celebrazione del matrimonio in Italia*, Milano, 1906, p. 235.



constituir los compromisos -lo que evidencia la utilización del compromiso arral y, la prueba de su práctica por los cristianos- y, esta referencia concretada en la descripción de simbólicas uniones místicas -tales como la unión del hombre con la divinidad o de la unión de Cristo con la Iglesia- no solo tiene una importancia espiritual y teológica, sino que también se extiende a la influencia ejercida en el ordenamiento religioso del matrimonio<sup>233</sup>), lo cierto es que será -con posterioridad- en dos escritos eclesiásticos donde esta institución aparezca establecida. Esto se confirma por diversas fuentes literarias<sup>234</sup> y papirológicas<sup>235</sup> que se refieren a este

<sup>233</sup> *Vid.*, BRANDILEONE, *op. cit.*, p. 401; VOLTERRA, «Studio sull'arrha sponsalicia [I]»..., *op. cit.*, pp. 64-65; IOANNIS CASSIANUS, *Collationes VII 6*, (P. L. 49, 676), dice que «colui il quale durante la vita, si sente portato verso Dio, possiede già l'arra della sua futura unione con Cristo («[...] illud quod in futurum dicitur de beata conversatione sanctorum iam subarrhatum teneat in praesenti id est sit ei Deus omnia in omnibus»)»; AUGUSTINUS, *Sermo 372, 2* (P. L. 39, 1662) parece también referirse al arrha sponsalicia («In utero Virginis humanam carnem velut arrham accepit: in cruce pretiosissimam dotem suum sanguinem fudit; in resurrectione atque ascensione sua aeterni matrimonii foedera roboravit»); PETRUS CHRYSOLOGUS, *Sermo 140* (P. L. 52, 576) -quien- introduce este término hablando de la boda de la virgen («ad Virginem Deus eligeram portitorem mittit, nam dat arrham, dotem suscepit qui fert»); FAUSTINUS REIENSE, *Sermo 7* (Epiphania); *Historia Datiana*, Capítulo 29.

<sup>234</sup> «Cum ad legitimam pervenisset aetatem, cogentibus iuxta consuetudinem humanam parentibus, ut arram puellae quasi uxorem accepturum daret, impellitur» [GREGORIO DI TOURS, *vitae patrum*, 20, 1 (P. L. 71, 1093)]; «Arrhabo dicta quasi arrha bona. Quod enim datur pro coniugio, bene datur, quia coniugium bonum est. Quod vero causa fornicationis, adulterii, malum est, idcirco arrhabo non est» [ISIDORO DI SIVIGLIA, *Orig.* 9, 7, 5].

<sup>235</sup> *Corpus Papyrorum Raineri* (n. 30) y, Pap. Cairo (67006), uno surge en el siglo IV d. C. y, el otro, posiblemente con posterioridad. El primer documento papirográfico (C. P. R. 30) se constituye como uno de los pocos documentos en el que se habla de compromiso. Contiene la enumeración de varias daciones realizadas con ocasión de la celebración de los sponsales y de los pactos realizados entre las partes. Se trata de un documento típicamente cristiano. El segundo de los documentos papirográficos (Pap. Cairo 67006) del siglo IV d. C., -aunque incompleto- habla de un contrato matrimonial bizantino. También en otro documento papirográfico (Pap. Oxy 129) se encuentra un compromiso en donde los contrayentes eran cristianos. En síntesis, en ambos documentos aunque no se menciona expresamente la «arrhae sponsaliciae» su contenido es conforme con la disposición de la Constitución Imperial [C. I. 5, 1, 5 (IMPP. LEONE ET ANTHEMIUD AA. ERYTURIO P. P)], lo que hace pensar que seguramente están referidos al compromiso arral, conservándose un ejemplo característico de la formalidad usada para proceder a la disolución sin culpa conforme a una «iusta excusationis causa». En este sentido, entre otros, *vid.*, VOLTERRA, Eduardo: «Studio sull'arrha sponsalicia [III]», in *Scritti giuridici. I. Famiglia e successioni*, con una nota di Mario TALAMANCA, Jovene editore, Napoli, 1991, pp. 182 y 186 e, «Il Pap. Oxyrhynchus 129 e la L. 5 C. De spons. 5.1», in *Scritti giuridici. I. Famiglia e successioni*, con una nota di Mario TALAMANCA, Jovene editore, Napoli, 1991, p. 541.

Siglo o quizás algo más tarde. Fuentes que ofrecen al mismo tiempo la existencia de testimonios sobre el uso del compromiso arral en la época del cristianismo<sup>236</sup>.

En suma, este término utilizado en los esponsales, se introdujo vagamente en la literatura con anterioridad al Siglo IV d. C., siendo generalmente utilizado con un significado religioso por los escritores cristianos y, referido a una generalizada costumbre existente en la sociedad de aquel tiempo.

En definitiva, este hecho correlacionado con el momento en el que la arra comienza a adquirir importancia jurídica, adquiere relevancia en el Siglo IV d. C., con la instauración de la primera Constitución<sup>237</sup> (año 380 d. C.) en la que esta institución fue reconocida y regulada en la Legislación de los Emperadores cristianos.

***c) Las diferentes expresiones atribuidas a las arras esponsalicias en las constituciones imperiales***

Del análisis de las Constituciones imperiales se evidencia que el instituto del «*arrae sponsaliciae*» no encuentra su origen en el Derecho romano. Esto se justifica tanto en la incerteza y pluralidad de denominaciones que le han sido atribuidas a la figura –al tratarse de una institución que no se encuentra claramente definida–, como en el hecho de que si verdaderamente la figura hubiera sido incorporada en el Derecho Romano, se habría utilizado un término para indicarlo.

En este sentido, será únicamente con posterioridad a la Constitución de LEÓN (año 472 d. C.) cuando el término de arra esponsalicia adquiera el

---

<sup>236</sup> Vid., VOLTERRA, «Studio sull'arrha sponsalicia [I]»..., *op. cit.*, p. 65; ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, pp. 200-201.

<sup>237</sup> El instituto del arra sponsalicia fue regulado solamente por algunas constituciones de los emperadores cristianos. Constituciones que no dan una imagen clara y precisa de este instituto y de su función.

tecnicismo que continuará años más tarde en la Legislación bizantina de Oriente, encontrando cabida en el Derecho occidental.

De la observación de las denominaciones usadas en las Constituciones imperiales anteriores a JUSTINIANO se desprende que tres fueron las Constituciones -todas del año 380 d. C. y de los emperadores GRACIANO, VALENTINIANO y TEODOSIO- donde se hizo referencia al término «arra»: De una parte, la contenida en el Libro III, Título V del Código Teodosiano [C. Th. 3, 5, 11], bajo la rúbrica: *De sponsalibus et ante nuptias donationibus*, donde tres fueron los términos utilizados para indicar un mismo concepto: «sponsalia», «pignera»<sup>238</sup>, «arrae». Por otra parte, la contenida en el Título III del Libro VI del Código Teodosiano [C. Th. 3, 6, 1<sup>239</sup>], bajo la reseña: *Si provinciae rector vel ad eum pertinentes sponsalia dederint*, donde se utilizaron como sinónimos los términos «pignora lucrativa»; «sponsalia» y «arrae». Y, finalmente, el término «arrhae», no adjetivado, que se recoge en el Título I del Libro V del Código Justiniano [C. I. 5, 1, 3], que lleva por Título: *De sponsalibus et arrhis sponsalitiis et proxenetis*. Arrhis sponsaliorum nomine datis.

Sin embargo, será únicamente a partir de la Constitución de LEÓN, en el año 472 d. C., contenida en el Título I del Libro V del Código Justiniano<sup>240</sup>

<sup>238</sup> En la [C. Th. 3, 10, 1] se encuentra el significado de «sponsalia»: «*sponsalia hoc est arrharum data nomine*» y, con posterioridad, en el Código de Justiniano [C. I. 5, 2, 1 (IMPP. DIOCLECIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC BIANORI)], que cita [C. Th. 3, 10, 1] se transforma la frase «*sponsalia dederit*» en «*arrhas sponsalitiis dederit*». En este sentido, *vid.*, FERRETTI, *Le donazioni...*, *op. cit.*, p. 174; VOLTERRA, «Studio sull'arrha sponsalicia [I]»..., *op. cit.*, p. 67.

<sup>239</sup> «-Si quis in potestate publica positus atque honore administrandarum provinciarum, qui parentibus aut tutoribus aut curatoribus aut ipsis, quae matrimonium contracturae sunt, potest esse terribilis, sponsalia dederit, iubemus, ut deinceps, sive parentes, sive eadem mutaverint voluntatem, non modo iuris laqueis liberentur poenaeque expertes sint, quae quadruplum statuit, sed extrinsecus data pignora lucrativa habeant, si ea non putent esse reddenda. Quod ita late patere volumus, ut non solum circa administrantes, sed et circa administrantium filios, nepotes, propinquos, participes domesticosque censeamus, quibus tamen administrator operam dederit. Impleri autem id postea matrimonium, non vetamus, quod tempore potestatis ob eas personas, de quibus locuti sumus, arrhis fuerat obligatum, si sponsarum consensus accedat» [C. Th. 3, 6, 1 (IMPPP. GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS AAA. EUTROPIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO) (HAENEL, *op. cit.*, pp. 305-306)

<sup>240</sup> «-Mulier iuris sui constituta arrharum sponsalium nomine usque ad duplum teneatur, id est in id, quod accepit, et aliud tantundem, nec amplius, si post completum vicesimum

quintum annum, vel post impetratam veniam aetatis atque in competenti iudicio comprobata huiusmodi arrhas suscepit; in simplum autem, id est tantummodo in id, quod accepit, si minoris aetatis est, sive virgo sive vidua sit, sive per se sive per tutorem aut curatorem vel aliam personam easdem arrhas acceperit. -1. Patrem vero vel matrem, legitimae videlicet aetatis constitutos, sive simul sive separatim arrhas pro filia susceperint, avum autem vel proavum, si pro nepte vel prouepte, in duplum tantummodo convenit teneri. -2. Quae ita custodiri censemus, si non propter personam vel conditionem vel aliam causam, legibus vel generalibus constitutionibus interdictam, futurum matrimonium constare prohibetur; tunc enim, quasi nullo facto, utpote sine causa easdem arrhas praestitas tantummodo reddi consequens esse praecipimus. -3. His hoc quoque adiicimus, ut, etiamsi legibus prohibita non sint speratae nuptiae, post arrhas autem sponsalicias sponsa coniugium sponsi propter turpem vel impudicam conversationem, aut religionis vel sectae diversitatem recusaverit, vel eo, quod quasi vir coitum, ex quo spessobolis oritur, facere non potuerit, vel ob aliam iustam excusationis causam, si quidem probatum fuerit, ante datas easdem arrhas sponsalicias hoc idem mulierem vel parentes eius cognovisse, sibi debeant imputare. -4. Sin vero horum ignari sponsalicias arrhas susceperint, vel post arrhas datas aliqua iusta causa poenitentiae intercesserit, iisdem tantummodo redditis, super alterius simpli poena liberi custodiantur. -5. Quae omnia simili modo etiam de sponsis super recipiendis nec ne arrhis praestitis custodiri censemus; quadrupli videlicet poena, quae anterioribus legibus definita erat, in qua et arrharum quantitas imputabatur, cessante, nisi specialiter aliud ex communi consensu inter contrahentes de eadem quadrupli ratione placuerit. -6. Extra definitionem autem huius legis, si cautio poenam stipulationis continens fuerit interposita, ex utraque parte nullas vires habebit, quum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debet» Trad.: «La mujer constituida de propio derecho esté obligada hasta el duplo á titulo de arras de esponsales, esto es, á lo que recibió, y á otro tanto, y no más, si después de cumplidos los veinticinco años, ó después de impetrada la dispensa de edad y probada en el juicio competente tomó tales arras; pero al simple importe, esto es, solamente á lo que recibió, sí es de menor edad, ya si fuera doncella ó viuda, ó si por si ó por medio de tutor ó de curador ó de otra persona hubiere recibido las mismas arras. -1. Pero el padre ó la madre, que, por supuesto, fueren de edad legítima, ya hubieren recibido juntos, ya separados, las arras por la hija, y el abuelo ó el bisabuelo, si por la nieta ó la biznieta, conviene que se obliguen solamente al duplo. -2. Cuyas disposiciones mandamos que se observen en este caso, si no se prohibiese que se verificara el futuro matrimonio por causa de la persona, ó de condición, ó por otra causa, prohibida por las leyes ó por las constituciones generales; porque entonces, mandamos, que, como si nada se hubiera hecho, sea consiguiente que solamente se devuelvan las mismas arras como entregadas sin causa. -3. A lo cual añadirnos también esto, que, aun cuando no estén prohibidas por las leyes las nupcias esperadas, si después de las arras sponsalicias la esposa rehusare su unión con el esposo por razón de torpe ó impúdico comportamiento, ó por diversidad de religión ó de secta, ó porque como varon no pudiere consumir el coito, del que nace la esperanza de descendencia, ó por otra justa causa de excusa, si verdaderamente se hubiere probado que antes de haberse dado las mismas arras sponsalicias conocieron esto mismo la mujer ó sus padres, se lo deben imputar á si propios. -4. Mas si ignorando estas cosas hubieren recibido las arras sponsalicias, ó si después de dadas las arras mediare alguna justa causa de arrepentimiento, manténganse libres de la pena del otro tanto, habiendo devuelto solamente aquellas. -5. Todo lo cual mandamos que de igual modo se observe también respecto á los esposos, asi en cuanto á las arras que deban recibir, como en cuanto á las entregadas; desapareciendo, por supuesto, la pena del cuádruplo, que en las anteriores

que lleva por rúbrica: *De sponsalibus et arrhis sponsalitiis et proxeneticis*, cuando se encuentre definitivamente el término «arrae sponsaliciae».

Del estudio de las mencionadas Constituciones se pone de manifiesto la utilización de dos términos, «arrha» y «pignus», siendo el más utilizado – debido a las diferencias que presentaban dichas expresiones– el vocablo «arrha». Sin embargo, la confusión terminológica derivada de aquellos términos fue debida a la gran similitud que ambos presentaron en su momento, lo que influyó en las expresiones establecidas por aquellas Constituciones. Esta distinción que estuvo acentuada de forma definitiva por la reforma en materia de promesa realizada por CONSTANTINO, origino que el término «pignus» tuviera la consideración de inadecuado para indicar la función de un objeto que pasaba en propiedad de quien lo recibía y, que debía ser restituido en el supuesto de incumplimiento de la promesa. Esto se justifica por la adición del adjetivo «lucrativum».

Otra prueba sobre la incerteza en la denominación se deduce de otras fuentes, por ejemplo, en los *Scoli Sinatici* se habla de «poena» y de «prostimos», en lugar de «arra» y, en los escritos jurídicos orientales el término «arrha» romano no se encuentra, de ahí que se utilice la terminología sírca<sup>241</sup>.

Los presupuestos que estos antecedentes acreditan son:

a) Que en las fuentes examinadas, el término «arrae sponsaliciae» no aparece en el Derecho romano con anterioridad del Siglo IV d. C.,

---

leyes se habla establecido, en la que se computaba también el importe de las arras, á no ser que especialmente se hubiere convenido otra cosa por común consentimiento entre los contratantes sobre esta misma cuenta del cuádruplo. -6. Pero si fuera de la disposición de esta ley se hubiere interpuesto caución que contenga pena de estipulación, no tendrá fuerza ninguna por una y otra parte, pues debe ser libre la facultad para celebrar nupcias» [C. I. 5, 1, 5 (IMPP. LEO ET ANTHEMIUS AA. ERYTHRIO P(RAEFECTO). P(RAETORIO))] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, segunda parte, revisado del texto latino por Emilio BERMANN, Código, T. I, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, pp. 550-551).

<sup>241</sup> *Vid.*, VOLTERRA, «Studio sull'arrha sponsalicia [I]»..., *op. cit.*, p. 68.

b) que la primera fuente jurídica que menciona esta garantía en materia de esponsales es una Constitución del año 380 d. C., y, que las Constituciones más antiguas que trataron el término de «*arrhae*» referido a los esponsales utilizaron diversas denominaciones, originándose la existencia de una gran incerteza terminológica y,

c) que la aparición de la denominación de «*arrhae sponsaliciae*» como término técnico para indicar esta garantía previa a contraer el matrimonio tuvo lugar en una Constitución de LEÓN [C. I. 5, 1, 5] del año 472 d. C.

**d) *La Constitución [C. Th. 3, 5, 11]<sup>242</sup> de Graciano, Valentiniano y Teodosio del año 380 d. C***

Como ya se ha dicho, el primer texto legislativo en materia de «*arra sponsalicia*» fue una Constitución imperial de los Emperadores GRACIANO, VALENTINIANO y TEODOSIO, del año 380 d. C. Este texto, que formaba parte de un grupo de Constituciones dictadas por estos Emperadores en el mismo periodo de tiempo, pero en distintos lugares y bajo títulos y rúbricas diferentes, se encuentra contenido en el Libro III del Título V del Código Teodosiano [C. Th. 3, 5, 11].

La referencia a una «*vetus constitutio*» que habría regulado el instituto de la *arra sponsalicia* y, la introducción de la pena del cuádruplo para el supuesto de disolución del compromiso, evidencia que esta institución

---

<sup>242</sup>«-Patri, matri, tutori vel cuicumque, ante decimum puellae annum datis sponsalibus, quadrupli poenam remittimus, etsi nuptiae non sequantur; et si interea puella decesserit, sponsalia iubemus sponso restitui. § -1. Quodsi decimo anno vel ultra pater quisve alius, ad quem puellae ratio pertinet, ante duodecim annos, id est usque ad undecimi metas, suscepta crediderit pignora esse retinenda, deinceps adventante tempore nuptiarum a fide absistens quadrupli fiat obnoxius. § -2. Viduae autem ratio diversa est, cui auxilium non suffragatur aetatis, scilicet ut ea, matrimonium non implens, ad quadruplum ex veteri constitutione teneatur. § -3. Duodecimo autem anno impleto quisquis de nuptiis paciscitur, si quidem pater, semetipsum obliget, sive mater curatorve aut alii parentes, puella fiat obnoxia. § -4. Cui quidem contra matrem, tutorem, curatorem eumve parentem actio ex bono et aequo integra reservetur eorum pignorum, quae ex propriis, iuxta poenam iuris, reddiderit facultatibus, si ad consensum accipiendarum arrarum ab his se ostenderit fuisse compulsam» [C. Th. 3, 5, 11 (IMPPP. GRAT(IANUS), VALENTIN (IANUS) ET THEOD(OSIUS) AAA. EUTROPIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO)] (HAENEL, *op. cit.*, pp. 304-305).

estaba ya presente y regulada en el Ordenamiento Jurídico romano, aún a pesar de no poder establecerse el momento preciso de esta «vetus constitutio», debido a la inexistencia de otros indicios.

Asimismo, la alusión a una «poena quadrupli» para el supuesto de disolución de los sponsales constituidos mediante la entrega de las arras como garantía de la promesa de matrimonio, pone de manifiesto que la naturaleza de las arras requería de una «datio»<sup>243</sup> de la cual era destinataria la parte de la prometida -es decir, los progenitores, el tutor pupilar, el curador o cualquier otro pariente-.

En definitiva, con este término se hacía referencia a todas aquellas personas que ostentaran la responsabilidad jurídica o moral de la prometida y, que al formalizar el compromiso se convirtiesen en los responsables del compromiso arral. Por su parte, TEODOSIO en otra Constitución haciendo alusión a la parte de la prometida, hacía referencia al término casa «domus» de la prometida<sup>244</sup>.

Por otra parte, de la imposibilidad en caso de disolución unilateral del compromiso asumido -tras la entrega y aceptación de las arras- de entregar las arras al prometido o a su parte, conforme a la obligación nacida en torno al prometido de la entrega de las arras a la parte de aquélla, surgieron las consecuencias siguientes: la pérdida de las arras entregadas para el prometido y, la pena establecida consistente en la restitución de las arras al cuádruplo<sup>245</sup> para la prometida.

---

<sup>243</sup> Aunque esta constitución prevé únicamente la «datio» de la cual era destinataria la parte de la prometida, resulta necesario hacer mención a la parte del prometido, puesto que ésta era la que se comprometía a la entrega de las arras a la parte de la prometida. *Vid.*, en este sentido, las aportaciones de VOICI, «Storia della patria potestas da Costantino...», *op. cit.*, p. 471; ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 186.

<sup>244</sup> Cfr., [C. Th. 3, 11, 1]; [C. Th. 3, 6, 1 (IMPPP. GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS AAA. EUTROPIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO)].

<sup>245</sup> También esta pena del cuádruplo fue configurada como una prerrogativa constante de la legislación de estos emperadores, debido a su mención en otra Constitución [C. Th. 3, 6, 1 = C. I. 5, 2, 1 (IMPP. DIOCLECIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC BIANORI)] del año 380 d. C. y, en una Constitución de Honorio y Teodosio [C. Th. 3, 10, 1 = C. I. 5, 8, 1 (IMPP. HONORIUS ET THEODOSIUS AA. THEODORO P. P)] del año 409 d. C., (ambas incluidas en el Código

Una de las cuestiones más debatidas, se concretó en si la pena del <quadruplum> debía comprender el valor de los objetos dados a título de <arra> o, si ésta era una pena a parte<sup>246</sup>.

Dos fueron las teorías -claramente diferenciadas- que se establecieron en relación a cómo se debía entender el cuádruplo: De una parte, la de aquéllos que sostenían que se debía considerar como una pena distinta de la restitución de las arras; De otra, la de aquéllos otros que consideraban que las arras recibidas debían ser incluidas en él.

Por su parte, esta Constitución no dice nada, mientras que otras Constituciones son ambiguas al respecto. De modo que aunque con la expresión contenida en [C. Th 3, 10, 1]: «Exceptisque his qui parentum sponsionem de nuptiis filiarum impleri desiderant vel *sponsalia, hoc est arrarum data nomine, reddi sibi praecepto legum aum quadrupli poena deposcunt*» el cuádruplo parecía ser considerado como una pena por separado de la restitución de las arras<sup>247</sup>, lo cierto es que al final de la Constitución de LEÓN, en su párrafo quinto contenido en [C. 5, 1, 5], cuya rúbrica es: *De sponsalibus et arrhis sponsalitiis et proxeneticis*, se afirma que en la pena del cuádruplo se encontraba comprendida la restitución de las arras recibidas<sup>248</sup>.

---

Justiniano). Pena que sería abolida en el año 472 d. C. Por ello, la expresión: «poenaque expertes sint quae quadruplum statuit», que se lee en [C. Th. 3, 6, 1 pr.] fue abreviada en [C. I. 5, 2, 1 pr.]: «poenaque statute expertes sint», mientras que la expresión «cum quadrupli poena», que se lee en [C. Th. 3, 10, 1, 1] fue mutada en «cum statuta poena» en [C. I. 5, 8, 1, 1].

<sup>246</sup> A favor de la pena del <quadruplum>, *vid.*, FAYER, *op. cit.*, p. 122. Por el contrario, *vid.*, RICCOBONO, Salvatore: «Arra sponsalicia secondo la const. 5 Cod. de sponsali bus V-1», in *Scritti di diritto romano*, I, Palermo, 1957, p. 179.

<sup>247</sup> En este sentido, RICCOBONO, dice que: «Il quadruplo è penale, la sposa deve inoltre restituire l'arra accettata» (Ibídem).

<sup>248</sup> «-5. [...] quadrupli videlicet poena, quae anterioribus legibus definita erat, in qua et arrarum quantitas imputabatur cesante [...]» Trad.:«-5. [...] la pena del cuádruplo, que en las anteriores Leyes se habla establecido, en la que se computaba también el importe de las arras [...]» [C. I. 5, 1, 5, 5 (IMPP. LEO ET ANTHEMIUS AA. ERYTHRIO P. P.)].



Asimismo, frente a esta pena del <quadruplum> omnicomprendiva se encuentra por analogía, la pena del <duplum>, formulada también por LEÓN en [C. 5, 1, 5, pr.], que dice:

«[...] esté obligada hasta el duplo á título de arras de esponsales, esto es, á lo que recibió, y á otro tanto, y no más [...]»<sup>249</sup>.

Para VOLTERRA, otra prueba que indica que en el cuádruplo quedaba incluida la restitución de las arras se proporciona por la *Lex Romana Burgundorum*<sup>250</sup>, en cuyo Título 27 se da un resumen de las disposiciones contenidas en [C. Th. 3, 5, 11]. El texto se presenta en los siguientes términos:

Titulus 27: De Puellis vel mulieribus desponsatis. «Si quis arras sponsalicias nomine dederit, et pater vel mater, acceptis arris, eo qui arras dedit refatato, alium fortasse receperunt, arras in quadruplum esse reddendas [...]».

De modo que resulta evidente la aclaración de que en el cuádruplo también quedaba incluida la restitución de las arras y, finalmente, en el Basilici el único paso que recuerda el cuádruplo no hace diferencia alguna entre el computo de éste y del <duplum><sup>251</sup>.

De lo anterior se expone que esta obligación concretada en la pena del cuádruplo -derivada de la ruptura de los esponsales- fue sometida a un régimen complicado que, de una parte, tenía en cuenta tanto la edad, como el estado familiar o condiciones que presentaba la prometida y, de otra su finalidad se concretaba en determinar cuándo y quién se encontraba obligado al pago de la pena del cuádruplo. Con esta obligación surgida de la

<sup>249</sup> «[...] ad duplum teneatur, id est in id, quod accepit, et aliud tantundem, nec amplius [...]» [C. I. 5, 1, 5 (IMPP. LEO ET ANTHEMIUS AA. ERYTHRIO P. P.)]. En doctrina, *vid.*, VOGLI, «Storia della patria potestas da Costantino...», *op. cit.*, Nt. 20, p. 471.

<sup>250</sup> *Vid.*, VOLTERRA, «Studio sull'arrha sponsalicia [I]»..., *op. cit.*, p. 86.

<sup>251</sup> *Vid.*, Bas. XXVIII, 2, 3 (Heimb. III, 157; Sch. A IV, 1320); VOLTERRA, «Studio sull'arrha sponsalicia [I]»..., *op. cit.*, p. 86.

aceptación real de las «arrhae» otorgadas por el prometido, se originaron a las hipótesis siguientes<sup>252</sup>:

a) Si los responsables de la prometida (padre, madre, tutor [...])<sup>253</sup> habían formalizado el compromiso de los esponsales, siendo ésta menor de diez años y, con posterioridad, aceptadas las arras, el compromiso era disuelto por quien lo hubiese formalizado, no había obligación de pagar el cuádruplo de las arras recibidas. Esta inexistencia de obligación se justificaba en que no había sanción, debido a que en caso de anulación del compromiso, los mismos Emperadores declararon que no era de aplicación la pena, de modo que aunque la parte de la prometida quedaba exonerada de la «poena quadrupli» (quadrupli poena remittimus, etri nubtiae non sequantur), lo cierto es que sí debían restituirse al prometido las arras recibidas al «simplum». Esto se desprende del silencio que presenta el texto a este respecto<sup>254</sup>.

También, la restitución al «simplum» era prevista de forma expresa en caso de fallecimiento de uno de los prometidos<sup>255</sup>.

---

<sup>252</sup> Vid., VOCI, «Storia della patria potestas da Costantino...», *op. cit.*, p. 471; SOLAZZI, «Le nozze...», 1957, *op. cit.*, p. 154; ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 184; FAYER, *op. cit.*, p. 122; VOLTERRA, «Studio sull'arrha sponsalicia [I]...», *op. cit.*, p. 87; «Sul consenso della filiafamilias...», *op. cit.*, pp. 295-297 e, «Ancora sul consenso della «filiafamilias» agli sponsali», in *Scritti giuridici. II. Famiglia e successioni*, con una nota di Mario TALAMANCA, Jovene editore, Napoli, 1991, pp. 532-533.

<sup>253</sup> «-1. Patri matri tutori vel cuicumque, ...quadrupli poenam remittimus» [C. Th. 3, 5, 11, 1 (IMPPP. GRAT(IANUS), VALENTIN (IANUS) ET THEOD(OSIUS) AAA. EUTROPIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO)].

<sup>254</sup> Vid., VOCI, «Storia della patria potestas da Costantino...», *op. cit.*, p. 471; ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 186; VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 657.

<sup>255</sup> Este extremo establecido por CONSTANTINO y concretado en que con la muerte de uno de los prometidos se disolvía el compromiso, con la excepción de que el difunto hubiese presentado con anterioridad al fallecimiento una causa de desistimiento se encuentra formulado en otra Constitución del año 380 d. C., de los emperadores GRACIANO, VALENTINIANO Y TEODOSIO e, insertada en el Código Justiniano [C. 5, 1, 3] cuyo título es: *De sponsalibus et arris sponsaliciis et proxenetis*. Su texto se presenta en los siguientes términos: «-Arris sponsaliorum nomine datis, si interea sponsus vel sponsa decesserit, quae data sunt, iubemus restitui nisi causam, ut nuptiae non celebrarentur, defuncta

b) Si los responsables –padre o cualquier otro pariente<sup>256</sup>- de la prometida (mayor de diez años, pero menor de doce años) –usque ad undecimi nuetas- formalizaban el compromiso aceptando y reteniendo las arras y, con posterioridad, en el momento de contraer matrimonio cuando la prometida hubiese cumplido los doce años –edad legal fijada por la <iustae nuptiae>- cambiaban su voluntad negándose a cumplirlo, éstos y no la prometida quedaban sujetos a la pena del cuádruplo de las arras<sup>257</sup> –«[...] quisve alius, ad quem puellae ratio pertinet [...]»-<sup>258</sup>.

En este caso no había diferencia entre el padre y los demás parientes, por tanto, siempre era necesario el consentimiento de la prometida, teniendo ésta plena libertad para no cumplir el compromiso de los

---

persona iam praebuit» Trad.: «-Si, dadas las arras á titulo de esponsales, entre tanto hubiere fallecido el esposo ó la esposa, mandamos que se restituyan las cosas que se dieron, si es que la persona difunta no dió ya motivo para que no se celebrasen las nupcias» [C. I. 5, 1, 3 (IMPPP. GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS AAA. *EUTROPIO P.P.*) (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, segunda parte, revisado del texto latino por Emilio BERMANN, Código, T. I, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, pp. 549-550). Conforme al texto los mismos emperadores también consideraban el supuesto de disolución del compromiso por fallecimiento de uno de los prometidos, el cual quedaba sometido al mismo principio de restitución al <simplum> por ausencia de culpa.

Esta Ley parece que también se encuentra recogida en el Código TEODOSIANO, asignándole el número diez [C. Th. 3, 5, 10], así lo entienden MOMMSEN Y KRÜGER quienes en sus respectivas ediciones la insertaron bajo la rúbrica: *De sponsalibus et ante nuptias donationes*. En este sentido, *vid.*, VOGLI, «Storia della patria potestas da Costantino...», *op. cit.*, p. 474; ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, Nt. 52, p. 184; VOLTERRA, «Studio sull'arrha sponsalicia [I]»..., *op. cit.*, p. 88; FAYER, *op. cit.*, Nt. 362, p. 123.

<sup>256</sup> En la expresión de: «[...] quisve alius, ad quem puellae ratio pertinet vanno intesi la madre, il tutore pupillare e i parenti come nel principium» [C. Th. 3, 5, 11, 1 (IMPPP. GRAT(IANUS), VALENTIN (IANUS) ET THEOD(OSIUS) AAA. *EUTROPIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO)*].

<sup>257</sup> También este supuesto fue previsto en la Ley de LEÓN y, repetido en numerosas ocasiones en las legislaciones bizantinas. En las Novelas de LEÓN el Filósofo se indica que esta forma era usada para los esponsales contraídos entre los niños. Otras referencias, de lo aquí plasmado, se encuentran en los siguientes papiros: (C. P. R. 30) y, (Cairo 67, 106).

<sup>258</sup> Dicha expresión se entiende referida no sólo al padre, sino también a la madre, al tutor pupilar y demás parientes, como en el caso anterior. Esto se encuentra claramente declarado en la Interpretatio: «-1. Sin vero iam puella decimum agens annum usque ad undecimum plenum susceptas arras vel ipsa vel parentes tutores curatoresve tenerint, id observandum est, ut si fidem placiti mutare voluerint et illum renuant, cuius sponsalia suscepit, ad quadrupli poenam sine dubio teneatur persona quaecumque de puellae nuptiis placitum fecit» [C. Th. 3, 5, 11, 1 (IMPPP. GRAT(IANUS), VALENTIN (IANUS) ET THEOD(OSIUS) AAA. *EUTROPIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO)*].

esponsales y la subsiguiente boda. De modo que a la pena del cuádruplo únicamente quedaba sujeta la persona que hubiese pactado los esponsales y retenido las arras en su poder, con posterioridad, a que la prometida hubiese cumplido los doce años, conforme a la falsa creencia en la otra parte de que la promesa de matrimonio sería cumplida. Por ello, podría resultar lógico entender que con anterioridad a dicha edad se podía disolver o anular el compromiso esponsal, restituyendo al «simplum» las arras recibidas. Interpretatio: «Quod si antequam annus undecimus, compleatur, pignora suscepta reddiderint, nullam de susceptis arris calumniam pertimescant»<sup>259</sup>.

c) En caso de viuda «sui iuris», ésta quedaba siempre obligada a la restitución de las arras al cuádruplo –conforme a la «vetus constitutio»- para el supuesto de disolución del compromiso. Esto se justifica en que se trataba de una mujer que necesariamente debía haber superado la edad de doce años, puesto que con anterioridad a dicha edad había contraído un matrimonio. Por tanto, se trataba de una mujer púber a la que ni se le podían aplicar las excepciones precedentes, ni podía gozar de la «venia aetatis» - aunque fuera menor de veinticinco años-, debido a que la menor edad no la eximía de la pena<sup>260</sup>.

De modo que siempre quedaba obligada a la restitución de la pena en caso de disolución del compromiso. En este sentido, GRACIANO entendía que era la impúber y no la menor de edad la que podía quedar exonerada de dicha pena. Por tanto, la viuda podía ser menor, pero ciertamente en estas circunstancias era púber [C. Th. 3, 5, 11, 2]<sup>261</sup> y, en consecuencia, debía responder directamente de la pena, debido a que ella misma había realizado

---

<sup>259</sup> Cfr., [C. Th. 3, 5, 11, 1 (IMPPP. GRAT(IANUS), VALENTIN (IANUS) ET THEOD(OSIUS) AAA. EUTROPIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO)].

<sup>260</sup> «-2. Viudae autem ratio diversa est, cui auxilium non suffragatur aetatis, scilicet ut ea, matrimonium non implens, ad quadruplum ex veteri constitutione teneatur» [C. Th. 3, 5, 11, 2 (IMPPP. GRAT(IANUS), VALENTIN (IANUS) ET THEOD(OSIUS) AAA. EUTROPIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO)].

<sup>261</sup> *Vid.*, SOLAZZI, «Le nozze...», 1916, *op. cit.*, Nt. 2, p. 758.

el acto de aceptación de las arras. Interpretatio: «Tunc quaecunque susceperit sponsaliorum titulo, in quadruplum reddat».

d) En el supuesto de prometida púber –por haber cumplido los doce años-, pero que a diferencia del supuesto anterior, no hubiese contraído un matrimonio previo, dos son los supuestos que se diferencian: De una parte, el formalizado por el padre -entendiendo por éste aquél que la tiene bajo su potestad, aunque esta constitución no diga nada a este respecto<sup>262</sup>- con aceptación de las arras, en el que éste debía responder de la pena al cuádruplo en caso de disolución del compromiso; De otro, el formalizado – para el supuesto de que la mujer era <sui iuris>- por la madre, curador o cualquier otro pariente de aquélla, en el que inevitablemente era la mujer quien debía personalmente responder de la restitución de las arras al cuádruplo, en caso de disolución<sup>263</sup>. En este caso, aunque la mujer <sui iuris> quedaba obligada a pagar el cuádruplo de las arras, con independencia de que el compromiso de los esponsales hubiese sido acordado por otra persona, se le reconocía *un'actio ex bono et aequo*, con la finalidad de que obtuviese el resarcimiento, siempre que probara que había sido obligada por la madre, tutor, curador o cualquier otro pariente a aceptar las arras, en contra de su voluntad<sup>264</sup>.

De lo anterior, se desprende la existencia de dos supuestos claramente diferenciados:

De una parte, se trata de una <filiafamilias>, respecto de la cual el padre ostenta el derecho de formalizar los esponsales en su nombre – siempre que ella no ejerza el derecho del <non dissentire>-. La prometida

---

<sup>262</sup> Así, VOCI, dice que: «Il padre è l'unico che rimanga obbligato sempre allo stesso modo, qualunque età abbia la sposa: questo perché, usando della sua potestà, è in grado di imporre sempre il suo volere» («Storia della patria potestas da Costantino...», *op. cit.*, Nt. 24, p. 472).

<sup>263</sup> Sobre la explicación de la diversidad de tratamiento según las arras hayan sido aceptadas por el padre o por otros parientes, *vid.*, SOLAZZI, «Le nozze...», 1916, *op. cit.*, p. 759.

<sup>264</sup> *Vid.*, VOCI, «Storia della patria potestas da Costantino...», *op. cit.*, p. 472; FAYER, *op. cit.*, p. 124; ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 188.

ostenta la edad necesaria para poder expresar de forma válida su consentimiento contrario, por tanto, resulta evidente en el compromiso arral que está conforme y, en consecuencia, los esponsales son válidos si el padre acepta las arras sin que ella manifieste libremente su voluntad contraria. Esta manifestación contraria no se encuentra regulada por este fragmento, debido a que solo establece la pena para el supuesto de disolución del compromiso. Además, la obligatoriedad del padre al pago de la pena se justifica en el carácter formal que presenta el compromiso arral, ya que la obligación de la pena surge tras la aceptación de las arras. Aceptación que comporta el consentimiento pasivo de la <filiafamilias>.

Por otra parte, para que los esponsales sean válidos es necesario que en la aceptación de las arras, además de la voluntad de las personas que acordaron el compromiso de los esponsales, se dé también la de la prometida, requiriéndose por parte de ésta que su voluntad sea expresa y, por tanto, ya no se limita al simple <non dissentire> –como ocurría en el caso del <paterfamilias>–.

Este aspecto es aclarado de forma expresa por la propia Constitución - <consensus accipiendarum arrarum>- al indicar de forma explícita la necesidad del consentimiento expreso. De ahí que la prometida quede obligada personalmente a la pena, aún en caso de que la aceptación de las arras haya sido fruto de violencia. Esto se justifica –como en el supuesto anterior- en el carácter formal que presenta el compromiso arral, siendo los esponsales perfectos y válidos desde el momento en que se efectúa la aceptación real de las arras. Momento en el que los prometidos se encuentran recíprocamente obligados a la restitución de la pena, en el supuesto de disolución del compromiso.

«Duodecimo autem anno impleto quisquis de nuptiis paciscitur, si quidem pater, semetipsum obliget, sive mater curatorve aut alii parentes, puella fiat obnoxia. § 4. Cui quidem contra matrem, tutorem, curatorem eumve parentem actio ex bono et aequo integra reservetur eorum pignorum, quae ex propriis, iuxta poenam iuris, reddiderit

facultatibus, si ad consesum accipiendarum arrarum ab his se ostenderit fuisse compulsam»<sup>265</sup>.

En definitiva, si la prometida no había consentido de forma libre a su compromiso, se le otorgaba una acción de reclamación contra el que la había prometido –madre u otros parientes-. La necesidad de la prueba que la obligaba a formalizar el compromiso resultaba más difícil cuanto más joven era la «sponsa», ya que debía oponerse directamente frente a quien la hubiese prometido.

En particular, esta Constitución que se interesa únicamente por la parte de la prometida, se justifica en que la realidad cotidiana de la época comportaba que fuera la mujer la que fuese prometida por sus progenitores o parientes y, en consecuencia, esta parte –por lo general- era la que recibía las arras. Por ello, resultaba necesario establecer con precisión quién en el supuesto de disolución de la promesa, debía restituir al cuádruplo las arras recibidas –es decir, si debían ser restituidas por la propia prometida o por quien la hubiese prometido-. En este sentido, esta Constitución estableció diversas distinciones que estaban en función de la edad de la «sponsa».

Además, esta época también siguió la tendencia general –regulada jurídicamente- de desposar a menudo niñas que no estaban en edad nupcial por la propia madre. Así, AGUSTINO narra en Confesiones 6, 13, 15, que durante su estancia en Milán (386-387) fue comprometido por su propia madre y sus amigos con una muchacha que aún no tenía todavía la edad nupcial, es decir que carecía de la edad necesaria para tener marido. También, SIDONIO APOLLINARE –epístola 2, 4, 2, anterior al año 470 d. C.-

---

<sup>265</sup> Cfr., [C. Th. 3, 5, 11, 3 (IMPPP. GRAT(IANUS), VALENTIN (IANUS) ET THEOD(OSIUS) AAA. EUTROPIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO)]. Sobre la enumeración establecida por la Ley y la existencia o no de error en la añadidura de la figura del tutor, establecida en su párrafo cuarto, *vid.*, FAYER, *op. cit.*, Nt. 368, p. 124; ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, Nt. 61, p. 188; VOCI, «Storia della patria potestas da Costantino...», *op. cit.*, Nt. 22, p. 472.

menciona el compromiso de una muchacha pupila e impúber, realizado por la madre<sup>266</sup>.

En suma, la voluntad de la prometida -en esta Constitución- únicamente adquiere relevancia si se trata de «sui iuris» y púber. Caso en el que daba su aceptación explícita a la recepción de las arras, aún en caso de que el compromiso hubiese sido concluido por sus parientes.

Aún con todo, esta *actio ex bono et aequo* que podía ejercitar la prometida contra quien la hubiese prometido contra su voluntad, producía numerosas dificultades en el orden probatorio y originaba graves consecuencias sociales, debido a que esta acción se encontraba dirigida contra sus propios parientes.

Por tanto, se tenía en cuenta la voluntad de la mujer, pero con limitaciones de hecho y, de Derecho. De hecho, porque sobre ella recaía la carga probatoria respecto de que su consentimiento no había sido otorgado de forma libre, prueba que no era fácil, debiendo la mujer oponerse de forma abierta a la familia que la había prometido. De Derecho, porque en caso de disolución del compromiso, era ella la que debía pagar el cuádruplo de las arras al prometido, aún en caso de que su consentimiento no hubiese sido otorgado de forma libre a quien la hubiese prometido<sup>267</sup>.

Por otra parte, en el supuesto de mujer «sui iuris» e impúber, su voluntad no era significativa, por lo que la Ley obligaba a la restitución de las arras -en el supuesto de disolución del compromiso- únicamente al que hubiera concluido los esponsales<sup>268</sup>.

Por último, en el supuesto de mujer -impúber o púber- bajo la potestad del padre, si éste prometía la mano de su hija, sin requerirle el consentimiento, aceptando las arras y, con posterioridad, disolvía el

---

<sup>266</sup> Vid., VOICI, «Storia della patria potestas da Costantino...», *op. cit.*, Nt. 27, p. 473; FAYER, *op. cit.*, Nt. 370, p. 125.

<sup>267</sup> Vid., ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 189.

<sup>268</sup> Vid., VOICI, «Storia della patria potestas da Costantino...», *op. cit.*, p. 473.



compromiso, la Ley preveía que sobre él debía recaer la obligación de la restitución de las arras al cuádruplo<sup>269</sup>.

En síntesis, se produce un profundo cambio respecto al compromiso realizado en la etapa clásica, donde el consentimiento de la mujer era requerido, al menos en la forma pasiva del «non dissentire»<sup>270</sup>. Este aspecto que fue mencionado por JULIANO<sup>271</sup>, también sería tenido en cuenta en la Constitución de Teodosio, en el caso de que la prometida fuera púber y «sui iuris», debido a que en el resto de supuestos el consentimiento de la mujer no era tenido en cuenta y, por tanto, el compromiso era válido, aunque ésta fuese obligada a contraerlo.

En definitiva, esta regla no es nueva, debido a su aplicación por CONSTANTINO en relación al compromiso -no arral- con el soldado<sup>272</sup>. Supuesto en el que si el compromiso era disuelto antes de los dos años, debía ser castigado con la pena de la «deportatio in insulam» no la prometida –mantenida al margen de sus esponsales y, por tanto, exonerada de cualquier responsabilidad criminal o civil-, sino la persona que hubiera formalizado su compromiso –padre, madre, pariente, tutor o, curador-, ya que era debido al estado de sometimiento en que se encontraba la prometida respecto de quien la prometía –conforme a su joven edad- y por

---

<sup>269</sup> Es admitida en caso de esponsales de una filia familias –con independencia de la edad- que su voluntad no fuese requerida, entre otros, por SOLAZZI, «Le nozze...», 1957, *op. cit.*, Nt. 25, p. 154; VOCI, «Storia della patria potestas da Costantino...», *op. cit.*, p. 472; ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, pp. 156-168 y 189. Por el contrario, VOLTERRA, dice que: «Il consenso della filia familias, per quanto limitato alla forma meramente passiva, sarebbe stato sempre necessario anche nel fidanzamento arrale, per cui non vi sarebbe nessuna variazione di dottrina fra i frammenti dei quiristi classici e le costituzioni del Codice TEODOSIANO» («Ancora sul consenso...», *op. cit.*, p. 529) e, «Sul consenso della filiafamilias...», *op. cit.*, p. 294.

<sup>270</sup> Como en el matrimonio, en el compromiso de los esponsales es necesario que la hija de familia de su consentimiento (*vid.*, FAYER, *op. cit.*, Nt. 166, p. 62).

<sup>271</sup> «[...] et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiam familias consentire oportet» Trad.: «[...] conviene que como en las nupcias, así también en los esponsales preste su consentimiento la hija de familia» [D. 23, 1, 11 (JULIANUS, *libro XVI, Digestorum*)].

<sup>272</sup> *Vid.*, [C. Th. 3, 5, 5].

tanto, tenía lugar por la voluntad de aquél que lo concluyese, pero no por la voluntad de la joven<sup>273</sup>.

**e) La Constitución [C. I. 5, 1, 5]<sup>274</sup> de León y Antemio del año 472 d. C**

Con la promulgación en el año 472 d. C., por los Emperadores LEÓN y ANTEMIO de una Constitución dirigida a ERITRIO, prefecto del pretorio de Oriente, se deroga la anterior<sup>275</sup>. Esta Constitución disciplinaba el mismo argumento, pero ahora con una mayor organización y equilibrio. Esto justificó que JUSTINIANO prefiriese esta Constitución a la de TEODOSIO, por lo que la introduce en su Código bajo la rúbrica: *De sponsalibus et arrhis sponsalitiis et proxenetis* [C. I. 5, 1, 5].

Con este texto se da un nuevo ordenamiento al instituto de las arras sponsalicias, debido a que reduce la restitución de las arras recibidas del cuádruplo al duplo de su valor e, introduce el término de la «iustae excusationis causae». Si bien, esta acepción permitía en determinadas circunstancias disolver el compromiso restituyendo las arras recibidas al «simplum», sin incurrir en la pena del «duplum» y, admitía -tras la aceptación de las arras- la disolución de la promesa de matrimonio con la restitución de las arras recibidas al «simplum» o al «duplum», según mediase o no causa justificada.

---

<sup>273</sup> Vid., ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, op. cit., p. 190; FAYER, op. cit., pp. 126-127.

<sup>274</sup> «-*Arrhis soponsaliorum* nomine datis, si interea sponsus vel sponsa decesserit, quae data sunt, iubemus restitui, nisi causam, ut nuptiae non celebrarentur, defuncta persona iam praebuit» Trad.: «-Si, dadas las arras á título de esponsales, entre tanto hubiere fallecido el esposo ó la esposa, mandamos que se restituyan las cosas que se dieron, si es que la persona difunta no dió ya motivo para que no se celebrasen las nupcias» [C. I. 5, 1, 3 (IMPPP. GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS AAA. EUTROPIO P. P)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, segunda parte, revisado del texto latino por Emilio BERMANN, Código, T. I, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, op. cit., pp. 549-550).

<sup>275</sup> Cfr., [C. Th. 3, 5, 11 (IMPPP. GRAT(IANUS), VALENTIN (IANUS) ET THEOD(OSIUS) AAA. EUTROPIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO)].

Los términos del contenido de esta Constitución se exponen a continuación<sup>276</sup>:

a) En el supuesto de que la prometida fuera «sui iuris» y hubiera cumplido los veinticinco años de edad o sin haberlos cumplido, gozara de la «venia aetatis» –es decir, de la facultad concedida por el Emperador a título personal a los menores de veinticinco años de administrar su propio patrimonio y libremente gestionar sus negocios, sin necesidad de asistencia del curador- si se había prometido personalmente, recibiendo las arras y, con posterioridad, se negaba a cumplir el compromiso sin causa, debía restituir al doble las arras recibidas y no al cuádruplo, como estaba establecido en la Legislación anterior.

b) Si era «sui iuris», menor de veinticinco años, podía concluir el compromiso arral: personalmente; a través del tutor pupilar –si era menor de doce años- o, por medio de curador o, cualquier otro pariente, amigo o persona. Supuestos todos en los que debía responder personalmente de la restitución al «simplum» de las arras recibidas –en caso de anulación sin causa-, por lo que se limitaba únicamente a restituir las arras o su valor. Esta disciplina también era de aplicación si la prometida era viuda «sive virgo sive vedua sit».

En suma, con esta disposición que se da una mayor consideración a la voluntad de la prometida, al asumir en primera persona la obligación de la restitución de las arras recibidas, se justifica en la mayor relevancia otorgada a la voluntad de la prometida por los propios Emperadores. De modo que a diferencia de lo previsto por la Legislación de TEODOSIO<sup>277</sup>, en el

---

<sup>276</sup> Vid., ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, pp. 190-191; FAYER, *op. cit.*, p. 129; DI DI MARZO, *op. cit.*, pp. 30-31; VOCI, *Studi di Diritto...*, *op. cit.*, p. 479; SERAFINI, *op. cit.*, pp. 249-250; VOLTERRA, voce «Sponsali»..., *op. cit.*, p. 37 y, voce «Arrha Sponsalicia», in *NNDI*, diretto da Antonio AZARA e Ernesto EULA, II, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1968, pp. 1003-1004; FERNÁNDEZ BARREIRO y PARICIO SERRANO, *op. cit.*, p. 19.

<sup>277</sup> En este sentido, ASTOLFI, dice que: «la fidanzata *sui iuris* che recede, si limita a restituire le arre tanto se si è fidanzata personalmente quanto se si è fidanzata tramite il tutore o il curatore» (*Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 192).

supuesto de que los esponsales fuesen anulados, el castigo recaía directamente sobre ella y no sobre la persona que la hubiese prometido.

c) Si era «*alieni iuris*», el compromiso era formalizado por aquél que ostentara su patria potestad -es decir, el padre<sup>278</sup> o la madre (si la prometida era mayor de veinticinco años de edad)-. Este compromiso que se podía formalizar de forma separada por la madre en sustitución del padre o de forma conjunta con aquél e, incluso por los parientes en línea recta masculina -el abuelo o el bisabuelo-, se caracterizaba porque la responsabilidad recaía directamente sobre quien la hubiese prometido -debido a que no se tenía en consideración la voluntad de la prometida- y, en consecuencia, en caso de que el compromiso matrimonial no se llevara a término sin justa causa, debía responder dicha persona y, no la prometida en el doble de las arras. Con la salvedad de poder responder al «*simplum*», en el supuesto de que el matrimonio querido por las partes no fuese válido -por causa de la persona o, coexistencia de una condición prohibida por la Ley-, puesto que si el matrimonio no era válido, tampoco podía serlo el compromiso esponsalicio<sup>279</sup>.

En suma, con esta Constitución se introducen cambios significativos en la concepción y en la disciplina jurídica de las «*arrhae sponsaliciae*»; se simplifica la casuística, puesto que reduce a dos los supuestos en los que en función de la edad se aplicaban las diferentes disciplinas y, se acentúa con la introducción del término «*iustae causae excusationis*» una marcada contractualización de este instituto, al quedar limitada la obligación de la restitución de las arras, al «*simplum*» -en caso de negativa justificada- o, al «*duplum*» -en el supuesto de ausencia de causa justificada-.

---

<sup>278</sup> Así, VOCI, dice que: «L'antitesi tra il pr., e il § 1 (*mulier iuris sui constituta... pater vero...*) si giustifica pensando a un padre munito di potestà. Resta l'ineleganza della menzione congiunta della madre, che tuttavia non meraviglia in questa età. La madre è trattata come il padre perchè il suo adoperarsi per la collocazione della figlia è, di fatto, almeno eguale a quello di lui» («Storia della patria potestas da Costantino...», *op. cit.*, Nt. 52, p. 479).

<sup>279</sup> Cfr., [C. I. 5, 1, 5, 1-3 (IMPP. LEO ET ANTHEMIUS AA. ERYTHRIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO)].

LEÓN en su Constitución de forma expresa, enumero los motivos que justificaban la ruptura del compromiso y que comportaban únicamente la restitución de las arras recibidas, siendo éstos: el comportamiento deshonesto o desordenado del prometido<sup>280</sup>; profesar una religión o pertenecer a una secta distinta a la de la prometida y, ser impotente.

A los anteriores se podían añadir otros cuando fueran justos, pero la justa causa de disolución debía ser verificada después del compromiso, debido a que si preexistía, su desconocimiento debía ser probado, tanto por la prometida si era <sui iuris> como por los progenitores o ascendientes paternos si era <alieni iuris>, ya que en caso contrario estaban obligados a restituir las arras recibidas al <duplum><sup>281</sup>. En definitiva, se tiene en cuenta la ignorancia de la prometida si era <sui iuris> y, la de los progenitores o ascendientes paternos si era <alieni iuris>.

Por tanto, la anulación del compromiso con causa justificada, comportaba que las arras que el prometido otorgaba a la prometida <sui iuris> o, a sus progenitores o ascendientes paternos si era <alieni iuris>, únicamente se restituyesen. Mientras que en caso de disolución del compromiso injustificada o, con constancia de la existencia de un motivo justo de dispensa, si se acordaba el compromiso arral éstas debían restituirse al doble de su valor.

Además, esta disciplina dictada para el supuesto de disolución del compromiso de la prometida también era válida para el prometido. En este sentido, si el prometido había recibido las arras dadas por la prometida, era sometido a su restitución en <simpulum> o en <duplum>, según anulara el compromiso con o sin causa justificada<sup>282</sup>, mientras que si tras haber dado las arras a la prometida, disolvía el compromiso en función de la existencia o no de causa justificada, quedaba obligado a restituirlas al <duplum> o a perderlas.

---

<sup>280</sup> Sobre la interpretación de esta justa causa, *vid.*, VOLTERRA, «Studio sull'arrha sponsalicia [II]»..., *op. cit.*, p. 109 e, «Il Pap. Oxyrhynchus...», *op. cit.*, p. 537.

<sup>281</sup> Cfr., [C. I. 5, 1, 5, 4-5 (IMPP. LEO ET ANTHEMIUS AA. ERYTHRIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO)].

<sup>282</sup> Cfr., [C. I. 5, 1, 5, 5 (IMPP. LEO ET ANTHEMIUS AA. ERYTHRIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO)].

Esta disciplina podía ser modificada por las partes en caso de disolución del compromiso arral. De modo que en caso de anulación del compromiso -sin motivo- por quien había recibido las arras, se podía concretar en lugar del pago de una multa al doble del valor de las arras, en el pago del cuádruplo del valor de éstas –se vuelve a la pena vigente en el tiempo de TEODOSIO-. Esta estipulación que podía tener lugar si las partes así lo habían pactado -ya que era lícito pactar de común acuerdo el pago-limitaba la libertad matrimonial.

La introducción en el Derecho romano del compromiso arral dio lugar al reconocimiento de la legalidad de la estipulación penal. Si bien, esta consecuencia que indudablemente socavaba el principio clásico de la libertad del matrimonio sería salvada por LEÓN, que con la finalidad de salvaguardar dicho principio, concluyó esta Ley en su último párrafo, reiterando la ilicitud y la nulidad de la estipulación penal, ya que la facultad para celebrar las nupcias debía ser en todo momento libre<sup>283</sup>.

En definitiva, las innovaciones que presenta esta Ley fundamentalmente se concretan en: reducir al duplo la pena del cuádruplo; elevar el límite de edad de la prometida respecto del pago de la pena y, reconocer justas causas eximentes del pago o, de la pérdida de las arras sponsalicias.

#### **f) *Los cambios introducidos por Leone***

Como ya se ha anunciado, la Constitución de LEÓN Y ANTEMIO [C. I. 5, 1, 5] (año 472 d.C.), derogó completamente la disposición de los Emperadores

---

<sup>283</sup> En este sentido, VOLTERRA, dice que: «Così nel campo degli sponsali si dichiara valida la perdita delle arrhae... ma nello stesso tempo si cerca di conservare la norma che vieta la stipulazione penale e si continua a proclamare il principio che nessuno può essere costretto contro la sua volontà al matrimonio» («Studio sull'arrha sponsalicia [II]»..., *op. cit.*, p. 109). En la misma línea, *vid.*, ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, pp. 193 y ss.

GRACIANO, VALENTINIANO y TEODOSIO [C. Th. 3, 5, 11] (año 380 d.C.), dando un nuevo ordenamiento de las <arrhae sponsaliciae><sup>284</sup>.

En particular, este texto sometido durante mucho tiempo a una acusada investigación crítica por parte de la doctrina sería concluyente en que el conjunto de la nueva disposición no fue obra de LEÓN, sino de JUSTINIANO, atribuyéndose a este último la reducción tanto de pena al <duplum> como la introducción de la <iusta causa> de disolución del compromiso, con la única excepción de la diversidad de religión, considerada como la única <iusta causa> admitida por LEÓN<sup>285</sup>. Esta diversidad de religión se encontraba referida al compromiso formalizado entre cristianos y no cristianos, debido a que en otra Constitución de estos mismos emperadores del año 472 d. C., se mencionaba como única <iusta causa> de disolución solamente la <religionis diversitas><sup>286</sup>.

<sup>284</sup> Con esta constitución se reduce la pena por ruptura de los esponsales del cuádruplo al duplo y, establece una serie de casos en los que era lícito la disolución sin culpa del compromiso.

<sup>285</sup> *Vid.*, RICCOBONO, «Arra sponsalicia...», *op. cit.*, pp. 179 y ss. Este autor en el pasado atribuyó a JUSTINIANO la mayor parte de la disposición contenida en [C. I. 5, 1, 5]. Teoría que ha estado en gran medida aceptada en el campo romanístico, entre otros, BONFANTE, sostiene que: «La legge di LEONE I sembra interpolata da GIUSTINIANO nella parte in cui si riduce la pena al duplum, si stabilisce l'esonero dei minori di 25 anni ed ugualmente l'esonero dalla pena in base ad una iusta causa: LEONE avrebbe ammesso soltanto la diversità di religione» (*op. cit.*, Nt. 4, p. 312). *Vid.*, en este sentido, COSTA, *op. cit.*, Nt. 4, p. 55; PEROZZI, *op. cit.*, Nt. 3, p. 360; PACCHIONI, Giovanni: *Corso di Diritto romano*, Vol. III, *Delle obbligazioni, Diritto di famiglia; successione ereditaria, legati e fedecommessi, cenni di procedura civile romana*, Torino, 1922, Ristampa della 1.<sup>a</sup> ed., Nt. 631, p. 341.

<sup>286</sup> «-Si legibus prohibita non sint speratae nuptiae, et post arrhas sponsalicias sponsa coniugium sponsi propter religionis diversitatem recusaverit, si quidem probatum fuerit, ante datas easdem sponsalicias arrhas hoc idem mulierem vel parentes eius cognovisse, sibi debeant imputare. -Si vero horum ignari sponsalicias arrhas susceperint, vel post datas arrhas talis causa poenitentiae intercesserit, lisdem tantummodo iedditis, super alterius simpli poena liberi custodiantur. Quod simili modo etiam de sponsis super recipiendis nec non arrhis praestitis custodiri censemus» Trad.: «-Si no estuvieran prohibidas por la leyes las nupcias concertadas, y después de entregadas las arras sponsalicias rehusase la esposa su casamiento con el esposo por causa de diversidad de religión, toda vez que se probare que la mujer ó sus padres habian tenido conocimiento de esto antes de haber sido dadas las mismas arras sponsalicias, deberán Imputárselo á si propios. -Mas si ignorándolo hubieren recibido las arras sponsalicias, ó si después de dadas las arras hubiere surgido este motivo de arrepentimiento, devueltas tan solamente aquellas, quedarán libres del pago del otro tanto. Lo que del mismo modo mandamos que se observe también respecto á los esposos, en cuanto á las arras que hayan de recibirse, y

En este sentido, la doctrina abogaba por que esta Constitución [C. I. 1, 4, 16]<sup>287</sup> fue posiblemente la Constitución originaria de LEÓN. Constitución de la que los Compiladores Justinianeos extraerían la contenida en [C. I. 5, 1, 5], presentada como una reelaboración de diversos actos legislativos y, que a diferencia de la anterior, presentaba un mayor número de «iustae causae» y, admitía una cláusula general que reconocía cualquier otra «iusta causa». Así se desprende de la frase: «[...] *in vel post arras datas aliqua iusta causa poenitentiae intercesserit*»<sup>288</sup>.

Por otra parte, de la comparación de ambas, una posible adición de los Compiladores Justinianeos podría ser el inciso «vel sectae» que en el [C. I. 5, 1, 5, 3] sigue de forma inmediata a la mención de la diversidad de religión «propter [...] aut religionis vel sectae diversitatem»<sup>289</sup> y que no figura en la Constitución [C. I. 1, 4, 16], en la que únicamente se lee «propter religionis diversitatem», presentada bajo la rúbrica: *De episcopali audientia, et de diversis capitulis, quae ad ius curamque et reverentiam pontificalem pertinent*<sup>290</sup> y, donde se encuentran recogidas las normas que son competencia de la Jurisdicción eclesiástica.

En este sentido, no se comprende por qué este motivo «vel sectae» no se menciona en el fragmento de la Ley [C. I. 1, 4, 16], salvo que su inclusión en [C. I. 5, 1, 5, 3] fuera atribuida a los Compiladores de Justiniano -entre las

---

también en cuanto á las entregadas». [C. I. 1, 4, 16 (IMPP. LEO ET ANTHEMIUS AA. ERYTHRIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, segunda parte, revisado del texto latino por Emilio BERMANN, Código, T. I, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, p. 95).

<sup>287</sup> La «subscriptio» de la constitución que falta en el manuscrito del código fue reconstruida de la *Lex gemitata* [C. I. 1, 4, 16 (IMPP. LEO ET ANTHEMIUS AA. ERYTHRIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO)]. En este sentido, *vid.*, VOLTERRA, «Studio sull'arrha sponsalicia [II]»..., *op. cit.*, Nt. 1, p. 94.

<sup>288</sup> *Vid.*, RICCOBONO, «Arra sponsalicia...», *op. cit.*, pp. 179 y ss.

<sup>289</sup> Cfr., [C. I. 5, 1, 5, 3 (IMPP. LEO ET ANTHEMIUS AA. ERYTHRIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO))].

<sup>290</sup> Trad.: «-De la audiencia episcopal, y de los diversos asuntos que al derecho, cuidado y reverencia pontifical competen» (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, segunda parte, revisado del texto latino por Emilio BERMANN, Código, T. I, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, p. 90).



distintas *«iustae exsationis causae»*-, lo que se justificaría en que si lo natural era que la disolución del compromiso -entre cristiano y no cristiano- por diversidad de religión era de atribución única al Obispo, a mayor razón éste debía ser competente para juzgar un compromiso entre dos cristianos, de los cuales uno era ortodoxo y el otro no<sup>291</sup>.

Recientes estudios evidencian la existencia de numerosas especulaciones respecto de la interpolación del fragmento. Se reconoce que la Constitución [C. I. 5, 1, 5] fue obra de LEÓN, así como la inserción sucesiva de algunas expresiones y su retoque en varios puntos por los Compiladores Justinianeos<sup>292</sup>. Se atribuye a LEÓN y no a JUSTINIANO la reducción de la pena al *«duplum»*<sup>293</sup> y, la introducción de las *«iustae excusationis causae»*.

<sup>291</sup> Así, VOLTERRA observa que esta norma fue acordada en la época de LEÓN Y ANTEMIO. Asimismo, el matrimonio contraído entre cristianos y hebreos estaba prohibido por una Constitución de VALENTINIANO, TEODOSIO Y ARCADIO [C. Th. 3, 7, 2] del año 388 d. C., pero hasta JUSTINIANO realmente no hay en la legislación laica ninguna mención a las prohibiciones de matrimonios entre cristianos ortodoxos y herejes. De forma que el inciso *«vel sectae»* contenido en la [C. I. 5, 1, 5, 3] que constituye un justo motivo de disolución de esponsales entre cristianos ortodoxos y herejes, habría sido añadido por los compiladores justinianeos (*vid.*, «Studio sull'arrha sponsalicia [II]»..., *op. cit.*, p. 103). Por el contrario, ASTOLFI, matiza que JUSTINIANO únicamente prohibía el matrimonio formalizado entre cristiano y hereje. Por lo que los compiladores de Justiniano si hubiesen añadido en [C. I. 5, 1, 5, 3] el término *«vel sectae»*, también lo habrían añadido en [C. I. 1, 4, 16], atribuyendo dicha competencia de forma coherente al Obispo, lo cual no tuvo lugar (*vid.*, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 195). De esta forma esta presunta añadidura en [C. I. 5, 1, 5, 3] del término *«secta»* -posicionado junto al término *«religio»*- que no aparece en [C. I. 1, 4, 16], es excluida por este último autor, demostrando que *«religio»* en [C. I. 1, 4, 16] asume un significado distinto.

<sup>292</sup> *Vid.*, VOLTERRA, «Studio sull'arrha sponsalicia [I]»..., *op. cit.*, pp. 3 y ss.; «Studio sull'arrha sponsalicia [II]»..., *op. cit.*, pp. 93 y ss.; «Studio sull'arrha sponsalicia [III]»..., *op. cit.*, pp. 125 y ss., e, «Il Pap. Oxyrhynchus...», *op. cit.*, pp. 537 y ss.

<sup>293</sup> La reducción al *«duplum»* de la cantidad de la pena, en relación a la fijada en el *«quadruplum»* [C. Th. 3, 5, 11] ha sido objeto de repetidas discusiones doctrinales fundadas sobre la teoría de RICCOBONO, quien tras elaborar un análisis crítico de [C. I. 5, 1, 5], concluyó que la reforma referida a la cantidad de la pena se debía atribuir a JUSTINIANO. Frente a esta teoría, VOLTERRA con válidos argumentos ha demostrado la paternidad leonina de la pena del *«duplum»*, que además se confirma con algunos indicios recabados de la comparación de [C. I. 5, 1, 5] con otras leyes (*vid.*, «Studio sull'arrha sponsalicia [II]»..., *op. cit.*, pp. 93 y ss., y 103) y, voce *«Arrha Sponsalicia»*..., *op. cit.*, p. 1003. En el mismo sentido, *vid.*, ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 194; VOCI, «Storia della patria potestas da Costantino...», *op. cit.*, Nt. 48, p. 479; BALESTRI FUMAGALLI, voce *«Sponsali...»*, *op. cit.*, Nt. 48, p. 504; TORRENT RUÍZ, Armando: *Diccionario de Derecho romano*, Edisofer, Madrid, 2005, p. 119.

De lo anterior, se justifica la afirmación que sostiene que, la Constitución originaria –que también es la general- era la enunciada en [C. I. 5, 1, 5] y, no la especial reproducida en [C. I. 1, 4, 16] y, por tanto, sería de los párrafos 3-5 contenidos en [C. I. 5, 1, 5] de donde se extrajo por los Compiladores del Código -aunque de forma algo descuidada, debido a que en [C. I. 5, 1, 5] se mencionan más causas justificadas de disolución del compromiso- la *Lex geminata* [C. I. 1, 4, 16], atribuyéndose al Obispo la competencia exclusiva para juzgar la diversidad de religión<sup>294</sup>.

Por otra parte, este elenco en el que se enumeran las *«iustae excusationis causae»* y, que tiene carácter meramente ejemplificativo<sup>295</sup>, debido a que se podían adoptar cualesquiera otros motivos o causas, cuando fuesen lícitos y razonables<sup>296</sup>, se justifica en que LEÓN, tras indicar las justas causas de disolución del compromiso, admitió con las expresiones *«vel ob aliam iustam excusationis causam»*<sup>297</sup> y *«vel post arras datas aliqua causa paenitentiae intercesserit»*<sup>298</sup> una causa general<sup>299</sup> de desistimiento, por la

---

En particular, VOLTERRA, afirma que «JUSTINIANO en la Constitución [C. I. 1, 3, 54], habla de la pena del *«duplum»*, como si se tratara de una norma que existía ya con anterioridad a él» («Studio sull'arrha sponsalicia [II]»..., *op. cit.*, p. 107). También DI MARZO, dice que: «GIUSTINIANO nei § 2 e 3 della C. I. 54 de episcopis 1, 3 parla del *«duplum»*, come di misura non nuova della pena» (*op. cit.*, p. 31).

<sup>294</sup> En este punto, ASTOLFI, sostiene que «il § 4 comincia: [...] *sin vero horum ignari sponsalicias arras susceperint* [...]. Il genitivo plurale *horum* fa riferimento alle varie cause di giustificazione, elencate nel precedente §3; la costituzione C. I. 1, 4, 16 ne menziona, invece, una sola causa: la diversità di religione. Tuttavia i compilatori giustiniani hanno copiato letteralmente l'inizio di C. I. 5, 1, 5, 4 e hanno mantenuto, con incongruenza, il plurale *horum*» (*Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 194). Por su parte, FAYER, añade que «con il plurale *horum* contrasta anche [...] l'espressione *talis causa poenitentiae intercesserit, obe talis* [...] si riferisce evidentemente all'unica iusta excusationis causa menzionata in C. I. 1, 4, 16, ossia la *religionis diversitas*; in C. I. 5, 1, 5, 4 si legge giustamente: *aliqua iusta causa poenitentiae intercesserit*» (*op. cit.*, p. 133). También, *vid.*, las aportaciones de VOCI, «Storia della patria potestas da Costantino...», *op. cit.*, Nt. 48, p. 479; BALESTRI FUMAGALLI, voce «Sponsali...», *op. cit.*, Nt. 28, p. 504.

<sup>295</sup> *Vid.*, RICCOBONO, «Arra sponsalicia...», *op. cit.*, pp. 180 y ss.; MASSEI, Maria Alessandra: «Sulla L. 5 Cod. de spons. 5,1», in *BIDR*, n. 47, n. s. 6, 1940, pp. 148 y ss.

<sup>296</sup> *Vid.*, ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 194 y Nt. 78, p. 196; VOCI, «Storia della patria potestas da Costantino...», *op. cit.*, p. 479; DI MARZO, *op. cit.*, pp. 30 y ss.

<sup>297</sup> Cfr., [C. I. 5, 1, 5, 3 (IMPP. LEO ET ANTHEMIUS AA. ERYTHRIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO))].

<sup>298</sup> Cfr., [C. I. 5, 1, 5, 4 (IMPP. LEO ET ANTHEMIUS AA. ERYTHRIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO))].

que cualquier motivo que fuera lícito podía justificar la disolución sin culpa de los esponsales.

De modo que la ruptura de los esponsales en sí misma no se encontraba penada, sino que era necesario que se realizara sin motivo alguno.

En síntesis, esta disposición interpretada por el Emperador LEÓN como un intento de evitar vulnerar lo menos posible el principio clásico de la libertad matrimonial –es decir, nadie puede ser obligado en contra de su voluntad a contraer matrimonio-, también se encontraba apoyada por la frase final de la Constitución originaria<sup>300</sup>, debido a que ésta última aparecía más como una petición de un principio que como el reflejo de una situación real, puesto que la disolución de los esponsales fuera de las justas causas era

---

<sup>299</sup> Se discute por la doctrina si esta declaración final se ha de atribuir a LEÓN o a JUSTINIANO. La doctrina mayoritaria sostiene que la causa general de disolución no fue introducida por LEÓN, sino por JUSTINIANO. En este sentido, RICCOBONO, dice que «teniendo en cuenta que la constitución originaria de LEÓN era la más sencilla contenida en [C. I. 1, 4, 16], donde no se menciona una causa general de disolución, y de ésta los compiladores Justinianos habrían elaborado la Constitución [C. I. 5, 1, 5], donde el párrafo 3 si menciona tal causa, es por ello por lo que se atribuye a los compiladores la introducción de una «generalis iustae causa excusationis» («Arra sponsalicia...», *op. cit.*, p. 193). También, VOLTERRA, entiende que «la frase «vel ob aliam iustam excusationis causam» fue añadida por los compiladores de Justiniano, pero la refiere no a una causa general de disolución, sino a aquellas otras justas causas, es decir, a las restantes admitidas en el Derecho Justiniano y que no se mencionan en [C. I. 5, 1, 5], de ahí la imposibilidad de admitir «iustae causa» diferentes a las establecidas en el Código» («Studio sull'arrha sponsalicia [II]»..., *op. cit.*, pp. 117 y ss.). Por el contrario, sobre la admisión de que LEÓN hubiese previsto una causa general de disolución sin culpa del compromiso arral, *vid.*, MASSEI, *op. cit.*, pp. 151 y ss.; ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, p. 196; VOCI, «Storia della patria potestas da Costantino...», *op. cit.*, p. 479.

<sup>300</sup> La declaración final prevista en [C. I. 5, 1, 5, 5] también ha sido objeto de discusión doctrinal. Se atribuye a JUSTINIANO, por RICCOBONO, «Arra sponsalicia...», *op. cit.*, pp. 191 y ss. Mientras que es atribuida a LEÓN, entre otros, por BONFANTE, *op. cit.*, Nt. 2, p. 309; VOCI, «Storia della patria potestas da Costantino...», *op. cit.*, p. 479; ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, pp. 193-196; BALESTRI FUMAGALLI, voce «Sponsali...», *op. cit.*, p. 504; DI MARZO, *op. cit.*, pp. 18 y ss. De modo que no es única la postura que sostiene que JUSTINIANO habría solamente modificado aquí o allá la constitución introduciendo algunas «iustae causae» y quizás añadiendo la declaración final (*vid.*, VOLTERRA, «Studio sull'arrha sponsalicia [II]»..., *op. cit.*, p. 108).

penado, debido a que las arras sponsalicias funcionaban como una pena gravosa<sup>301</sup>.

**g) *El Derecho Justiniano***

JUSTINIANO no introdujo ninguna novedad relevante al instituto de la <arrahae sponsaliciae>, cuyo régimen se encontraba basado en la disposición establecida por LEÓN y ANTEMIO, sino que únicamente se limitó a añadir al elenco previsto por aquéllos una nueva causa que justificaba la disolución de los esponsales. Esta causa se concretaba en la elección de la vida monástica por parte de uno de los prometidos.

Esta Constitución recuerda que en el pasado a continuación de dadas y recibidas las <arrahae>, si uno de los prometidos quería consagrarse a la vida monástica, era obligado en caso de que se tratase del prometido, a perder todo cuanto hubiera dado a título de <arrahae> y, en el supuesto de la prometida a restituir al doble las arras recibidas. JUSTINIANO reconoce como justa causa de disolución de los esponsales la vocación religiosa, por la que si un prometido o prometida deseaba renunciar <a saeculari conversatione> para entrar en un monasterio, él recuperaba todo lo que a título de <arrahae> hubiera dado en previsión del futuro matrimonio, y ella debía restituir lo que hubiera recibido, sin incurrir en la pena del <duplum><sup>302</sup>.

---

<sup>301</sup> En este sentido, BIONDI, Biondo (en *Il Diritto romano cristiano*, 3, *La famiglia. Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico*, Milano, 1954, p. 110) dice que «l'antica libertà di contrarre matrimonio diventa una semplice affermazione di principio che vale in ordine alle convenzioni private, ma non alle disposizione legislative, le quale predispongono una serie di gravi misure nel caso di inapeditamento della promessa». En idéntico sentido, *vid.*, BALESTRI FUMAGALLI, voce «Sponsali.», *op. cit.*, p. 505; FAYER, *op. cit.*, p. 136.

<sup>302</sup> «-1. Deo nobis auxilium praebente, omnia, quae pro honore sanctae ecclesiae catholicae ad Dei placitum fieri properamus, legibus constituere, et operibus adimplere desideramus. Et iam quidem multa cum eius auxilio statuimus, quae ecclesiasticae doctrinae statui conveniunt, in praesenti veró hoc pia deliberatione duximus corrigendum, quod hactenus contra Dei timorem fiebat. 2. Cognitum etenim nobis est, quod, si quis sponsus vel sponsa post datas et acceptas arrhas voluisset se divino deputare servitio, et a seculari conversatione recedere, ac sanctimoniam vitam vivere, atque in Dei timore permanere, compellebatur vir quidem ea, quae arrharum nomine dederat, amittere, sponsa vero in duplum id, quod acceperat, reddere. Quod nostrae mansuetudini religioni contrarium esse visum est. 3. Unde per praesentem legem in perpetuum valituram iubemus, ut, si quis

Por otra parte, la Legislación de GRACIANO, VALENTINIANO y TEODOSIO<sup>303</sup>, relativa al compromiso entre una mujer de provincia y un funcionario provincial, fue sustancialmente mantenida por JUSTINIANO en [C. I. 5, 2, 1], quien aportó algunas modificaciones –por ejemplo: la reducción de la pena del cuádruplo al duplo-. Por ello, a la mujer de provincia prometida con un funcionario provincial o con su hijo, pariente o dependiente se le permitía, cuando el funcionario hubiera sido utilizado para celebrar el compromiso,

---

sponsus vel sponsa desideraverit saeculi istius vitam contemnere, etlin sanctimonialium conversatione vivere, sponsus quidem omnia, quae arrharum nomine futuri causa coniugii dedisset, sine ulla deminutione recipiat, sponsa autem non duplum, sicuti hactenus, sed hoc tantummodo sponso restituat, quod arrharum nomine acceperat, et nihil amplius reddere compellatur, nisi quod probata fuerit accepisse. Nam et maritis et uxoribus, qui saeculo renuntiant, iam anteriore lege a nobis provisum est, ut, sive maritus sive uxor religionis causa a coniugio recesserit, et solitariam vitam elegerit, nususque eorum res suas recipiat, quas pro dote vel ante nuptias donatione praestiterat, et hoc tantummodo lucri nomine consequatur ab eo, qui solitariam vitam elegerit, quod debuit legitime vel ex pacto per casum mortis exigere». Trad.: «-1. Dios auxilio, deseamos establecer en las leyes, y completar con obras, todo lo que en honor de la santa iglesia católica nos apresuramos á que se haga conforme á la voluntad de Dios. -2. Y ya ciertamente hemos establecido con su auxilio muchas cosas, que convienen al estado de la doctrina eclesiástica; pero al presente hemos considerado con piadosa deliberación, que debe corregirse lo que hasta ahora se hacia contra el temor de Dios. Porque ha llegado á nuestro conocimiento, que si algún esposo, ó una esposa, hubiese querido, después de dadas y de recibidas las arras, dedicarse al servicio divino, y apartarse del trato secular, y vivir, vida consagrada á la religión, y permanecer en el temor de Dios, el ciertamente compelido el varón á perder lo que había dado á titulo de arras, y la esposa á devolver en el duplo lo que habla recibido. Lo que á nuestra mansedumbre le ha parecido que es contrario á la religión. Por lo que, por la presente ley perpétuamente valedera mandamos, que si algún esposo ó una esposa hubiere deseado despreciar la vida de este siglo, y vivir en el trato de los consagrados á Dios, recobre, á la verdad, el esposo, sin disminución alguna, todo lo que hubiese dado á titulo de arras por causa del futuro matrimonio, y la esposa restituya al esposo no el duplo, como hasta aquí, sino tan sólo lo que había recibido á titulo de arras, y no sea compelida á devolver nada más, sino lo que se hubiere probado que recibió. Porque respecto á los maridos y á las mujeres, que renuncian al siglo, ya en una ley anterior se proveyó por nosotros, que, ora si el marido, ora si la mujer, se hubiere separado del matrimonio por causa de religión, y hubiere elegido la vida solitaria, recobre cada uno de ellos sus propios bienes que habia aportado en dote ó por donación antes del matrimonio, y por razón de lucro obtenga del que hubiere elegido la vida solitaria tan solamente lo que legítimamente ó por pacto debió exigir por caso de muerte». [C. I. 1, 3, 54 (56) (IMP. IUSTINIANUS A. IOANNI P. P.)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, segunda parte, revisado del texto latino por Emilio BERMANN, Código, T. I, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, p. 87).

<sup>303</sup> Cfr., [C. Th. 3, 6, 1 (IMPPP. GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS AAA. EUTROPIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO)].

disolver los esponsales sin incurrir en la pena del cuádruplo, así como retener las «*arrhae*» recibidas.

En síntesis, en el Código Justiniano<sup>304</sup> también se encuentra reproducida la Constitución de CONSTANTINO<sup>305</sup>, que consideraba como justa causa de disolución del compromiso el trascurso de dos años desde que se efectuó aquél, siempre que el matrimonio no hubiese sido celebrado. A esto se añade la condición de que ambos prometidos residiesen en la misma provincia, ya que se antepone al verbo «*spersederit*», la expresión «*in eadem provincia degens*». Por tanto, para que este motivo tuviese la consideración de justa causa era necesario que el prometido que hubiera aplazado la celebración del matrimonio -por más de dos años-, hubiera residido durante ese tiempo en la misma provincia de la prometida, debido a que en caso de que éste se hubiese trasladado a otra provincia, estos dos años no eran suficientes para justificar la ruptura de los esponsales<sup>306</sup>.

#### ***h) La regulación de las *arrhae sponsaliciae* en el Derecho Justiniano***

De lo dicho en líneas anteriores, conviene tener presente que lo previsto por esta Constitución y las distintas interpolaciones que fueron realizadas por los Compiladores de Justiniano -tanto en los fragmentos del Digesto como en las constituciones del Código Teodosiano- reproducidas posteriormente en el Código Justiniano, han permitido elaborar un esquema de cómo el Derecho Justiniano reguló la institución de las «*arrhae sponsaliciae*», en el siguiente sentido:

---

<sup>304</sup> *Vid.*, [C. I. 5, 1, 2 (IMP. CONSTANTINUS A. ad PACATIANUM P. U)].

<sup>305</sup> *Vid.*, [C. Th. 3, 5, 4].

<sup>306</sup> «-Si is, qui puellam suis nuptiis pactus est, intra biennium exsequi nuptias in eadem provincia degens supersederit [...]» Trad.: «-Si el que apalabró una joven para sus nupcias hubiere dejado durante un bienio de celebrar las nupcias viviendo en la misma provincia [...]» [C. I. 5, 1, 2 (IMP. CONSTANTINUS A. ad PACATIANUM P. U)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, segunda parte, revisado del texto latino por Emilio BERMANN, Código, T. I, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, p. 549).

a) La disolución del compromiso arral era legalmente válida, pero estaba castigada con la pérdida de las arras recibidas o con el pago de éstas al <duplum>.

b) En caso de disolución sin justa causa, aunque se encontraban exentos de la pena del <duplum>, quedaban obligados a la simple restitución de las arras recibidas, tanto los progenitores de la prometida -menor de veinticinco años de edad- que de forma conjunta o separada hubieran aceptado las <arrhae> por la hija<sup>307</sup>, como la prometida <sui iuris> menor de veinticinco años de edad y, la viuda, con independencia de que las arras hubieran sido aceptadas personalmente por ella; por su tutor pupilar; curador o, por cualquier otra persona<sup>308</sup>.

Asimismo, tampoco era de aplicación la pena del <duplum> en el supuesto de matrimonio prohibido por un impedimento previsto por la Ley o, en el caso de que tras la aceptación de las <arrhae>, hubiera intervenido una de las siguientes <iusta excusationis causa>: impotencia absoluta; vida inmoral y escandalosa; diversidad de religión o secta<sup>309</sup>; elección de la vida monástica por parte de uno de los prometidos<sup>310</sup> o, la cualidad de <praeses> de la provincia en la que está domiciliada la prometida o relaciones de parentela o de servicio con el <praeses><sup>311</sup>. A excepción de este último motivo, el resto de motivos debían verificarse o poner en conocimiento de la parte interesada tras la celebración del compromiso.

c) En caso de disolución del compromiso sin causa justa, eran obligados a la restitución de las arras recibidas al <duplum>, tanto la prometida <sui iuris> que hubiese cumplido los veinticinco años de edad u obtenido la <venia aetatis>, como los progenitores -separada o conjuntamente- de la prometida mayor de veinticinco años de edad, que tras

<sup>307</sup> *Vid.*, las aportaciones de VOLTERRA, «Studio sull'arrha sponsalicia [III]»..., *op. cit.*, Nt. 1, p. 127, sobre la base del Basilici XXVIII, 2, 3, 8 (Heimb. III, 158).

<sup>308</sup> Cfr., [C. I. 5, 1, 5 (IMPP. LEO ET ANTHEMIUS AA. ERYTHRIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO)].

<sup>309</sup> Cfr., [C. I. 5, 1, 5, 2-3 (IMPP. LEO ET ANTHEMIUS AA. ERYTHRIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO)].

<sup>310</sup> Cfr., [C. I. 1, 3, 54 (56) (IMP. IUSTINIANUS A. IOANNI P. P.)].

<sup>311</sup> Cfr., [C. Th. 3, 6, 1 = C. I. 5, 2, 1 (IMPP. DIOCLECIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC BIANORI)].

la recepción de las «arrhae» en nombre de la hija impidiesen la celebración del matrimonio y, en su caso, los ascendientes paternos para el caso de nietos y biznietos<sup>312</sup>.

d) Finalmente, en caso de fallecimiento de uno de los prometidos, las «arrhae» recibidas se debían restituir, con la salvedad de que el donante – todavía vivo- no hubiese dado a la contraparte motivo de disolución de los esponsales<sup>313</sup>, permitiéndose acordar la pena del cuádruplo para el caso de disolución de los esponsales, cuando existiera el mutuo consenso de los prometidos.

### i) *Los efectos de los esponsales en el Derecho Postclásico-Justiniano*

En la época postclásica y justiniana, por influencia cristiana, se atribuyeron a los esponsales importantes efectos jurídicos, equiparándose en algunos aspectos los prometidos a los cónyuges. Dichos efectos se resumen en las consecuencias jurídicas siguientes:

a) La relación sexual con la prometida de otro era considerada adulterio<sup>314</sup>.

En Derecho clásico, el prometido no era admitido a la «accusatio» privilegiada «iure mariti vel patris» contra la prometida que hubiera tenido relaciones sexuales con otros, sino solo y como cualquier persona a la «accusatio publica iure extranei», lo que justificaba que al prometido no se le reconociera en esta época ningún derecho especial en razón de la relación de esponsales con la culpable y que no existiera ninguna equiparación de los «sponsi» a los cónyuges, puesto que no tenía la consideración de adulterio la

---

<sup>312</sup> Cfr., [C. I. 5, 1, 5, 1 (IMPP. LEO ET ANTHEMIUS AA. ERYTHRIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO)].

<sup>313</sup> Cfr., [C. I. 5, 1, 3 (IMPPP. GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS AAA. EUTROPIO P. P)].

<sup>314</sup> Vid., BERNARD MAINAR, *op. cit.*, p. 530; VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 658; voce «Sponsali»..., *op. cit.*, p. 37 y, «Ricerche intorno agli sponsali...», *op. cit.*, pp. 339-420; GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de Jurisprudencia...*, *op. cit.*, p. 124; FUENTESECA, *op. cit.*, p. 377; TORRENT, *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 541.



infidelidad de la prometida, sino de «stuprum», es decir, como cualquier relación sexual de persona no unida en matrimonio.

En Derecho Justiniano, los pasajes insertos en la compilación adquieren un significado diferente al originario –debido a la abolición de la acusación pública (introducida por la *Lex Iulia de adulteriis*) por «adulterium» y por «stuprum»- al restringirse el derecho de perseguir el delito al marido de la culpable y a sus parientes próximos. De forma tal, que en esta época únicamente interesa saber quién podía intentar la «accusatio adulterii». Así, como con el pasaje contenido en [D. 48, 5, 14, 3] se afirma la facultad del «sponsus», concediéndose desde el punto de vista de JUSTINIANO, un privilegio al prometido al situarlo en idéntico plano del marido, frente a los demás ciudadanos<sup>315</sup>.

b) Se consideraba parricidio el asesinato del prometido o prometida, de los futuros suegros o, yerno y nuera, que tuviera lugar por obra de uno de ellos<sup>316</sup>.

c) Los esponsales constituían un impedimento para el matrimonio entre uno de los ex prometidos y los ascendientes y descendientes del otro<sup>317</sup>.

d) El magistrado de provincia tenía la facultad de tomar como mujer a la provincial sometida a su Jurisdicción con la que había establecido esponsales antes de asumir su oficio<sup>318</sup>.

<sup>315</sup> Vid., [D. 48, 5, 7 (MARCIANUS, *libro X, Institutionum*)]; [C. I. 9, 9, 7 pr. (IMP. ALEXANDER A PROCULO)]. Interpoladas de las que se deduce claramente el pensamiento de los bizantinos.

<sup>316</sup> Vid., [D. 48, 9, 3 (MARCIANUS, *libro XIV, Institutionum*)]. En doctrina, vid., BERNARD MAINAR, *op. cit.*, p. 530; VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 658 y, voce «Sponsali»..., *op. cit.*, p. 37; GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de Jurisprudencia...*, *op. cit.*, p. 124.

<sup>317</sup> Vid., [D. 23, 2, 12, 1-3 (ULPIANUS, *libro XXVI, ad Sabinum*)]; [D. 23, 2, 14, 4 (PAULUS, *libro XXXV, ad Edictum*)]. Vid., en doctrina, BERNARD MAINAR, *op. cit.*, p. 530; FUENTESECA, *op. cit.*, p. 377; VOLTERRA, «Ricerche intorno agli sponsali...», *op. cit.*, pp. 339-420; voce «Sponsali»..., *op. cit.*, p. 37 e, *Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 658.

<sup>318</sup> Vid., [D. 23, 2, 38, 1 (PAULUS, *libro II, Sententiarum*)]. En doctrina, vid., VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 658 y, voce «Sponsali»..., *op. cit.*, p. 37; GUZMAN BRITO, *op. cit.*, p. 336.

e) Si los esponsales habían sido concluidos antes del nombramiento del prometido como tutor o curador de la prometida, el matrimonio se podía celebrar igualmente<sup>319</sup> [D. 23, 2, 36; D. 48, 5, 7; D. 23, 2, 66]<sup>320</sup>.

f) Algunos impedimentos establecidos para el matrimonio fueron extendidos a los esponsales, tales como la prohibición por parte del hijo del tutor de prometerse con la pupila del padre<sup>321</sup> o, a los senadores con las hijas de libertos o mujeres dedicadas al teatro<sup>322</sup>.

---

<sup>319</sup> *Vid.*, BERNARD MAINAR, *op. cit.*, p. 530; VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 658 y, voce «Sponsali»..., *op. cit.*, p. 37.

<sup>320</sup> Estas Leyes se encuentran interpoladas por JUSTINIANO como se demuestra de la comparación de las tres Leyes con lo previsto por el Frag. Vat. 202. Sobre esta interpolación en comparación con el Frag. Vat. 202, *vid.*, VOLTERRA, «Ricerche intorno agli sponsali...», *op. cit.*, pp. 339 y 400-404.

<sup>321</sup> *Vid.*, [D. 23, 1, 15 (MODESTINUS, *libro singulari de enucleatis casibus*)]; [23, 2, 60, 5 (PAULO, *libro singulari ad Orationem Divi Antonini et Commodi*)].

<sup>322</sup> *Vid.*, [D. 23, 1, 16 (ULPIANUS, *libro III, ad legem Iuliam et Papiam*)]. En doctrina, *vid.*, VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 658 y, voce «Sponsali»..., *op. cit.*, p. 37; GUZMAN BRITO, *op. cit.*, p. 336; FUENTESECA, *op. cit.*, p. 377; TORRENT, *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 541; BERNARD MAINAR, *op. cit.*, p. 530.

**SEGUNDA PARTE**

---

**LA PROMESA DE MATRIMONIO EN ESPAÑA**



## CAPÍTULO SEGUNDO

### LA EVOLUCIÓN DE LOS ESPONSALES DESDE EL DERECHO JUZGO HASTA LA NOVISÍMA RECOPIACIÓN

#### I. EL FUERO JUZGO O *LIBER JUDICUM*

En el Fuero Juzgo los esponsales son regulados de forma breve e incompleta. En este Cuerpo Legal -al igual que en el matrimonio germánico por compra- se encuentra una disposición que prohibía a la hija -manceba-prometida en matrimonio por el padre contraer matrimonio con persona distinta de la elegida por aquél, pudiendo ésta ser obligada a contraer nupcias con la persona con quien se había contratado el matrimonio.

Esta costumbre -cuyo precedente se encuentra en el Derecho romano consistente en la potestad que ostentaban los padres para desposar a sus hijos y sobre todo a sus hijas- comportaba la imposibilidad -por la hija- de contrariar la voluntad del padre incumpliendo la promesa formalizada por aquél, por lo que la hija quedaba obligada por la palabra prestada con la intervención de sus padres, no pudiendo ser ésta anulada.

En consecuencia, si una doncella se casaba con persona distinta a la que el padre la había prometido, dicho matrimonio no tenía valor jurídico alguno, debiendo ser devuelta para casarla con la persona con la que se había formalizado el matrimonio. Concretamente, en el *Liber judicum* o, en romanceado Fuero Juzgo, se recoge en su Libro III; Título I: *De las bodas*; Ley II: «Si alguno desposar la manceba de voluntad de su padre, é la manceba contra la voluntad de su padre quisier casar con otre, é non con aquel á quien la prometió su padre, aquésto non lo suframos por nenguna manera

que éla lo pode facer», por lo que los esponsales realizados con la única intervención del padre obligaban a la hija a contraer nupcias, y si ésta se desposaba con otro contra la voluntad del padre, dicha Ley preveía que «ambos sean metudos en poder daquel que la desposára de la voluntad de so padre; et si los otros hermanos, ó la madre, ó los otros parientes déla consentieren, quéla sea dada á aquel que la cobdizaba contra voluntad de su padre, é ésto compriren, aquellos que lo ficieren, pechen una libra dóro á quien el Rey mandare»<sup>323</sup>, es decir, que si la madre, hermanos o demás parientes la ayudaban o de cualquier forma intervenían para realizar el matrimonio que aquélla pretendía, sin tener en cuenta y olvidando el compromiso formalizado por el padre, debían pagar una libra de oro. Esta disposición también sería prevista por el Fuero Real<sup>324</sup>.

Tres son los presupuestos establecidos por la Ley III de este Cuerpo de leyes: De una parte, recoge una formalidad de carácter objetivo, con la finalidad de otorgar una cierta categoría a la promesa de matrimonio. Formalidad que consistía en el otorgamiento de una sortija -recibida con la denominación de arras- que daba a la promesa formal una fuerza ejecutiva importante; De otra, el contrato de boda se debía hacer ante testigos y aunque no mediase escritura no se podía separar uno sin la voluntad del otro, debiendo llevarse a efecto el matrimonio y el cumplimiento de las arras y, finalmente, en caso de incumplimiento se preveía una pena de carácter

---

<sup>323</sup> LLORENTE, Juan Antonio: *Leyes del Fuero-Juzgo ó recopilación de las Leyes de los Wisigodos españoles, titulada primeramente Liber Judicum, después Forum judicum, y últimamente Fuero-Juzgo*, Madrid, 1792, 2ª. edición del texto castellano, pp. 86-87.

<sup>324</sup> Libro IV; título VII: *De los adulterios*; Ley II: «-Si mujer desposada derechamente casáre, con otro, ò ficiere adulterio, él y ella con sus bienes, sean metidos en poder del esposo, así que sean sus siervos: mas que no los pueda matar: é otrosí, de sus bienes que faga lo que quisiere, si ninguno dellos no hobiere fijos derechos» (ALFONSO X: *El Fuero Real de España*, diligentemente hecho por el noble Rey DON ALFONSO IX: Glosado por el egrerio D. Alonso DÍAZ DE MONTALVO. Asimismo por un sabio doctor de la Universidad de Salamanca addicionado, y concordado con las siete Partidas, y Leyes el Reyno: dando à cada Ley la addicion que convenia, T. II, Madrid, 1781, p. 412). Disposición con la que se sancionan las mismas disposiciones en cuanto a la mujer derechamente desposada y, la que por jura formuló la promesa.

considerable. Esta Ley que era común a ambos contrayentes, se presentaba en los siguientes términos:

Ley III. *Del cumplimiento de los esponsales de futuro*: «E por ende déste dia, en adelante establecemos, que despois que andar el pleyteamiento de las bodas ante testimonias entre aquellos que se quieren desposar, ó entre los padres, ó entre sus propinquos, é la sortilla fur dada, é recebida por ombre dárras [...], por nenguna manera el prometimiento non sea quebrantado, nin nenguna de las partes pueda mudar el pleito, si la otra parte non quisier»<sup>325</sup>.

Por tanto, los esponsales comportaban un compromiso respetable, debido a que únicamente el disenso formal podía anular lo que habido producido el compromiso, de modo tal, que la promesa de matrimonio creaba una relación jurídica de carácter obligatorio, puesto que los contrayentes quedaban estrictamente obligados a su cumplimiento.

Por otra parte, la promesa únicamente podía ser incumplida por la voluntad unilateral de una de las partes tras el transcurso de dos años, con la única salvedad de que su incumplimiento fuera debido a la voluntad de los padres, parientes o, de los propios desposados. Así se dispuso:

Ley V. *De la edad del Hombre y de la Muger para casar con la igualdad y proporción correspondientes*: «[...] desde el dia de las esposallas astal dia de las bodas non debe esperar el uno al otro mas de dos años»<sup>326</sup>.

Por tanto, desde el ámbito del Derecho civil no cabía dar mayor fuerza a una promesa de matrimonio que podía ser declarada irrevocable en el supuesto de que faltase la voluntad de uno de los obligados, puesto que el aplazamiento indefinido, sin suponer de forma directa una renuncia surtía los efectos mencionados.

---

<sup>325</sup> LLORENTE, *op. cit.*, p. 87.

<sup>326</sup> LLORENTE, *op. cit.*, p. 89.

Asimismo, esta relación jurídica obligatoria originada por la promesa de matrimonio, solo preveía respecto de la devolución de las arras y regalos realizados por los futuros contrayentes su disolución por el fallecimiento de una de las partes.

Dos fueron los principios establecidos por la Ley IV<sup>327</sup> -de origen netamente romanos<sup>328</sup>-, cuya finalidad se concretaba en el resarcimiento de los perjuicios originados a la mujer que habiendo intervenido «ósculo interviniente», finalmente no contraía nupcias como consecuencia del fallecimiento de la otra parte. Son:

De una parte, en caso de fallecimiento del prometido, si hubiese mediado «ósculo interviniente» –beso- la novia tenía derecho a la mitad de los bienes entregados en arras, siendo la otra mitad de los herederos de éste, mientras que en el supuesto de no mediar beso, todas las cosas recibidas del novio pasaban directamente a los herederos de éste y, por tanto, ella no recibía nada; De otra, en el supuesto de fallecer la novia, hubiese mediado o no «ósculo interviniente», el novio no recibía ninguno de los bienes dotales, debido a que los bienes recibidos retornaban íntegramente a la familia de la novia<sup>329</sup>.

En definitiva, en este Cuerpo Legal los esponsales se podían realizar de forma escrita o, ante testigos; se formalizaban con la entrega del anillo y, salvo que mediase consentimiento de la otra parte, la promesa de matrimonio no podía ser incumplida. Asimismo, esta obligación que

---

<sup>327</sup> Esta disposición del Código no existe ni en la versión latina, ni en el Códice de Vigila, pero sí existe renovada en el Fuero Real [Libro III, Título II, Ley V].

<sup>328</sup> Cfr., [C. I. 5, 1, 3 (IMPPP. GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS AAA. EUTROPIO P. P)]; [C. I. 1, 4, 16 (IMPP. LEO ET ANTHEMIUS AA. ERYTHRIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO)].

<sup>329</sup> Ley IV. *De lo que se debe restituir, o no, quando muere uno de los esposos de futuro: «- Si algún esposo morir por ventura, fechas las esposayas, é el beso dado, é las arras, éstonce la esposa, que finca, debe haber la meitad de todas las cosas que le diera el esposo; é la otra meitad deben haber los herederos del esposo, qualesquier que deban haber sua bona; é si el beso non era dado, é el esposo muere, la manceba non debe haber nada aquelas cosas: é se el esposo rescibe alguna cosa, que le doy la esposa, si quier sea dado el beso, si quier non, todo aquello debe ser tornado á los herederos de la esposa. Esta Ley fizo el Rey D. Flavio Recesuinto» (LLORENTE, *op. cit.*, p. 88).*



prevaleció en el Fuero Real, con posterioridad, desapareció en las Partidas, donde la hija no quedaba obligada ni a realizar esponsales, ni a contraer matrimonio en contra de su voluntad.

## II. EL DERECHO LOCAL: DE LOS FUEROS MUNICIPALES A LOS FUEROS TERRITORIALES

En la Alta Edad Media, hubo un proceso de repoblación de las zonas reconquistadas a través de las cartas de población o carta puebla. Durante esta época aunque en las tierras Astur-Leonesas y, posteriormente, Castellano-leonesas estaba vigente el *Liber Iudiciorum* o Fuero Juzgo –es decir, el Derecho Visigótico-, en la realidad tenía una aplicación más teórica que real, debido a que la fuente de Derecho que predominaba –en gran parte de estos territorios- era la costumbre, siendo la norma consuetudinaria de inspiración germánica adaptada a las circunstancias económico-sociales la que en aquel momento imponía el proceso repoblador y marcaba el comportamiento jurídico a seguir por las distintas localidades o territorios<sup>330</sup>.

Esta norma sería recogida por escrito en los Fueros municipales –gestados al calor del proceso repoblador- los cuales fueron muy numerosos y variados, debido a su amplitud cronológica, puesto que su proceso de formación se extendió desde el Siglo X –Fueros breves- hasta el S. XIII.

Asimismo, a partir del S. XII el número de fueros extensos aumentaron considerablemente. Estos fueros estaban caracterizados por su carácter sistemático, de una parte, recogían el Derecho vigente –en todas sus facetas- en la localidad respectiva y, de otra, funcionaban como un texto guía al que acudían las autoridades, con la finalidad de garantizar su cumplimiento. De ahí que determinados fueros sirvieran de modelo para la redacción de los textos de otras localidades próximas.

---

<sup>330</sup> Vid., SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José: *Historia el Derecho. I. Instituciones políticas y administrativas*, Madrid, 1995, pp. 207-215; DONADO VARA, Araceli: «Los antecedentes históricos de la reserva viudal», en *Cuadernos de Historia del Derecho*, n. 16, Madrid, 2009, p. 190.

En suma, se origina la tendencia de uniformidad en todos los Reinos y, se adoptan en unos territorios los fueros de otros. Por ello, algunas de estas normativas se conocieron fuera de sus lugares de origen y sus textos fueron copiados o adaptados para otros. De ahí que la identidad de estos textos permitiese la formación de las llamadas familias de Fueros.

En definitiva, a partir del S. XIII se generaliza la costumbre de recoger por escrito el Derecho tradicional de un Reino; se sustituyen los Fueros municipales, por Compilaciones generales que reunían en su contenido lo principal de los antiguos fueros y, con la recopilación de otros elementos del Derecho propio de cada lugar, surgen los denominados Fueros territoriales o forales de cada Reino<sup>331</sup>.

#### **1. LOS FUEROS MUNICIPALES CASTELLANO-LEONESES: EL REPUDIO DE LA DESPOSADA POR EL ESPOSO**

Este supuesto de ruptura de los esponsales por acto unilateral de una de las partes aunque se encuentra desarrollado en un número reducido de textos tardíos -en concreto, en algunos fueros extensos que pertenecen a la familia de Cuenca-Teruel y en el Fuero de Soria [Fueros de Cuenca, de Teruel, de Béjar, de Cáceres, de Plasencia, de Hofnatzoraf, de Zorita de los Canes y, de Usagre]- y, no en los fueros breves de la primera época del Derecho local, lo cierto, es que esta cuestión se aborda en un único precepto que aparece de forma típica en los Fueros de Cuenca, Béjar<sup>332</sup>, Teruel y Hofnatzoraf<sup>333</sup>.

---

<sup>331</sup> *Vid.*, ALVAR EZQUERRA, Jaime: Vocablo «Fuero», en *Diccionario de historia de España*, Madrid, 2003, p. 303; BLEIBERG, Germán: Vocablo «Fuero», en *Diccionario de historia de España*, T. II, Madrid, 1968, 2.ª ed., pp. 142-148; MARTÍNEZ RUÍZ, Enrique: Vocablo «Fuero», en *Diccionario de historia moderna de España*, Vol. II, Madrid, 2007, pp. 178-179.

<sup>332</sup> «-214. *De esposo que refuser el esposa*: Si el esposo refuser a la esposa después del desposamiento, o el esposa al esposo por aventura, pechen los fiadores C moreuedis el refusador, e dé el danno duplado» (GUTIÉRREZ CUADRADO, Juan: *Fuero de Béjar (Salamanca)*, Universidad de Salamanca, 1974, p. 71).

<sup>333</sup> *Vid.*, GARCÍA GONZÁLEZ, Juan: «El incumplimiento de las promesas de matrimonio en la Historia del Derecho español», en *AHDE*, n. 23, 1953, pp. 627-628.

Las características que presentan estos fueros, son: se renuncia a la exigencia *in natura* del cumplimiento de la promesa de matrimonio; se equiparan las consecuencias económicas en caso de ruptura tanto del hombre como de la mujer; se prevé una sanción de índole económica consistente en el pago –por los fiadores- de una pena pecuniaria de valor constante –cien maravedíes- y, una indemnización del doble del daño ocasionado por causa del disenso a favor de la parte perjudicada<sup>334</sup>. Penalización y multa que será nueva en el Derecho español<sup>335</sup>.

Por otra parte, será únicamente en el Fuero de Soria –por influencia del Derecho canónico- donde se exija de forma expresa el cumplimiento de la promesa de matrimonio otorgada -doctrina recogida en las Partidas y, que condenaba al esposo sin justa causa con Sentencia de la Santa Iglesia<sup>336</sup>:-

«et si non los o viere de que pechar, pierda lo, que oviere, et el casamiento que gelo demanden por sancta eglefia»<sup>337</sup>.

En los Fueros municipales –a diferencia del Fuero de Soria- no se prevé la exigencia del cumplimiento del matrimonio, pero de forma indirecta sí se establece el resarcimiento de los daños o del pago de la fianza por los fiadores. Por tanto, se equipara el sistema de obligaciones de estos fueros al previsto por el sistema Germánico<sup>338</sup>, lo que pone de manifiesto

---

<sup>334</sup> «O sea, si después de celebrados los esponsales, cualquiera de los prometidos –no se da trato favorable a ninguno de ellos- habiendo cambiado de opinión en cuanto a contraer un futuro matrimonio rechazare al otro, el que esto hiciere estaba obligado a sufrir una sanción de índole económica consistente en pagar, por medio de sus fiadores, una pena pecuniaria de valor constante –cien maravedíes de oro- y una indemnización del doble del daño ocasionado a la otra parte por causa del disenso» (GARCÍA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 629).

<sup>335</sup> *Vid.*, MORÁN MARTÍN, Remedios: «El derecho matrimonial en la historia del Derecho Español», en *História del Derecho Privado, Penal y Procesal. Parte teórica*, T. I, Ed. Universitas, Vlex, Madrid, 2002, p. 5.

<sup>336</sup> *Vid.*, Partida IV; Título I: *De los desposorios*; Ley VII: *Quién ha poder de apremiar á los desposados que cumplan el casamiento, et en qué manera debe ser fecha esta premia*.

<sup>337</sup> SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Galo: *Fueros Castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, Madrid, 1919, pp. 105-106.

<sup>338</sup> *Vid.*, FOSAR BENLLOCH, Enrique: «Las peculiaridades del Derecho de familia anterior a la recepción del derecho romano canónico en las Españas medievales. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 11 de noviembre de 1982», en *AAMN*, T. XXVI, Vlex, 1982, pp. 34-35; MORÁN MARTÍN, *op. cit.*, p. 6.

que la regulación de la ruptura de los esponsales en los Fueros municipales fue anterior a su acogida por el Derecho Canónico clásico, presentándose con una mayor claridad en los supuestos de repudio de la desposada por el esposo en caso de que hubiese mediado cópula carnal<sup>339</sup>.

## 2. EL SUPUESTO DE INCUMPLIMIENTO DE LA PROMESA DE MATRIMONIO POR FALLECIMIENTO DE UNA DE LAS PARTES

Este supuesto se encuentra regulado por algunos fueros extensos. Así en un precepto del Fuero de Zamora<sup>340</sup>, se prevé el caso de imposibilidad de celebración de las nupcias -sin culpa de las partes- como consecuencia del fallecimiento de una de las partes –en concreto del novio-. Este Fuero resuelve esta cuestión sin influencia alguna del Derecho romano-visigodo, debido a que declara propiedad de la novia todo lo recibido por el esposo. Sin embargo, en el Fuero de Soria aunque se adopta la misma solución que en el anterior, lo cierto es que se vislumbran las primeras influencias romanas, al establecer para el caso inverso –es decir, el fallecimiento de la

---

<sup>339</sup> Fuero de Cuenca: «-IX. 5. *De sponso qui sponsam cognitam repudiaverit*: Si sponsum sponsam congoverit et post eam repudiaverit, pectet centum áureos et exeat inimicus» (BARRERO GARCÍA, Ana María: *El Fuero de Teruel: su historia, proceso de formación y reconstrucción crítica de sus fuentes*, Instituto de Estudios Turolenses, Madrid, 1979, p. 189). «-Si el esposo yoguiere con la esposa et después la repeyare, pecho cien mr. Et salga enemigo» (DE UREÑA Y SMENJAUD, Rafael: *Fuero de Cuenca: Forma primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del Fuero de Iznatoraf*, Madrid, 1935, p. 251). Lo mismo se lee en el fragmento conquense del mismo fuero, p. 251; Fuero de Plasencia: *Título del que casare con manceba, ciudadana o aldeana*: «-Todo omne que después que fueron desposados si el esposo al esposo no la ouiere fedida, pecho C. mrs et salga enemigo si la dechar» (BENAVIDES CHECA, José: *Fuero de Plasencia*, Roma, 1896, p. 142); Fuero de Béjar: «-Ley 215. *El esposa que la esposa refusar auendo/la ya*: -Si depues que el esposo ioguiere con la esposa e la refusare, peche C motauvedís e exça en/emigo» (GUTIÉRREZ CUADRADO, *op. cit.*, p. 71); Fuero de Zorita de los Canes: «-Ley 176: *Del esposo que carnalmente conheciera su esposa et se repintiere*: Et si por aventura el esposo oviere que baratatar con el esposa et después se repintiere, peche C. maraveis et salga enemigo» (DE UREÑA SMENJAUD, Rafael: *Real Academia de la Historia*, Madrid, 1911, p. 112). El propio UREÑA aclara que «el verbo baratatar se emplea aquí para significar la idea de conocimiento carnal de los esposos» (*Real Academia...*, *op. cit.*, p. 113); Fuero de Iznatoraf: «-Et si por aventura el esposo ioguiere con la esposa et después la repoyare, peche cien mrs. et salga enemigo» (DE UREÑA Y SMENJAUD, *Fuero de Cuenca...*, *op. cit.*, p. 251).

<sup>340</sup> Fuero de Zamora: «-32. *De esposo que dier donas asu esposa*: Mugier que fur esposada e donas tovier de so esposo o vesteduras, e morir el esposo ante que cas econ ella, ela mugier non responda a nenguno de quanto tovier eso esposo».

novia (donatario)- que lo entregado retorne al esposo donante<sup>341</sup>. Solución que permite al esposo recuperar lo dado a la esposa cuando ésta fallece y, a ella recobrar lo otorgado en caso de fallecer el esposo. Esto se deduce *a fortiori* del hecho de que en este supuesto se retenga la donación esponsalicia.

Por su parte, en los Fueros de Cuenca, Teruel y, todos aquellos que concuerdan con ellos, aunque con poca claridad, se adopta el criterio opuesto al Fuero de Zamora en caso de fallecimiento de uno de los esposos, lo cierto es que este criterio parece más conforme con el planteamiento del Derecho Romano. Si bien, en este supuesto dichos Fueros resuelven que el sobreviviente recupere lo entregado y devuelva lo recibido -es decir, que la esposa tome en caso de fallecimiento del esposo todo el ajuar y, éste en caso contrario, reciba los vestidos y todo aquello que le hubiese dado-, debido a la vigencia del principio que hacía depender la validez de las donaciones nupciales de la condición implícita de la celebración del matrimonio<sup>342</sup>.

De lo anterior, se observa vigente la relación regalo nupcial- virginidad, debido a que consumado el matrimonio, la mujer o desposada que ha hecho vida conyugal con su prometido, se queda los obsequios por aquél realizados<sup>343</sup>.

---

<sup>341</sup> *Vid.*, el extenso estudio de GACTO FERNÁNDEZ, Enrique: *La condición jurídica del cónyuge viudo en el Derecho visigodo y en los derechos visigodos y en los fueros de Castilla y León*, Sevilla, 1975, pp. 87-88.

<sup>342</sup> Fuero de Cuenca: «-IX.6: Quid sponsus accipiat si exponsa ante nupcias ecesserit, vel e converso. -Si sponsa ante nupcias vel matrimonio contractum obierit, sponsus accipiat vestes, et quicquid sibi deerit. Si sponsus obierit, sponsa accipiat totum suum supellectile» (BARRERO GARCÍA, *op. cit.*, p. 194); Fuero de Béjar: «-Ley 216. *Que tome el esposo si la esposa muri/er ante de boda*: -Si la esposa muriere antes que aia iazido con ella o ante las bodas, lie/ue el esposo los uestidos e quantol io. Si el esposos murier, otrosi, lieue el esposa todo lo suio» (GUTIÉRREZ CUADRADO, *op. cit.*, p. 71). En términos semejantes se pronuncian, entre otros: Fuero de Baeza: 174; Fuero de Zorita: 177; Fuero de Soria: 294.

<sup>343</sup> Fuero de Cuenca: «-IX.7: *Quod post desflorationem sive concubitum vestes sin sponse*: -Contracto matrimonio, et sponsa desflorata, vestes erunt sponse, sive nupte, quandocumque vir moriatur» (BARRERO GARCÍA, *op. cit.*, p. 195); Fuero de Béjar: «-Ley 217. *Que sean los uestidos de la nouia depu/es que quier iazido con ella*: -espues ouier iazido con la esposa o con la nouia e suia la ouier, suos sean los uestios quano quier que el mario muera» (GUTIÉRREZ CUADRADO, *op. cit.*, p. 71). En términos semejantes se pronuncian, entre otros: Fuero de Baeza: 174'; Fuero de Zorita: 178.

### III. EL FUERO VIEJO DE CASTILLA

El Fuero Viejo de Castilla regula los esponsales en la Ley IV, Título I, Libro V. Este Título lleva por rúbrica: *De las Arras, e del donadío que dà el marido a la mujer, e de las compras, o ganacias, e particiones, e debdas, e fiaduras, que facen* y, a diferencia del Fuero Juzgo, presenta como novedad que el presupuesto de hecho ya no se centra en la muerte de una de las partes –que excluía la culpa de éstas-, sino en la ruptura de la promesa, sin concretar la causa por la que el matrimonio no se lleva a término.

Con esta Ley que se hace referencia al incumplimiento de la promesa de matrimonio para los efectos derivados de la devolución de regalos efectuados entre los prometidos y, se prevé que la mujer haga suyos o no los regalos esponsalicios, según haya mediado o no beso -ósculo interviniente- aunque no recoge la regla completa, lo cierto es que de ella se desprende la vigencia de los principios previstos por el Fuero Juzgo<sup>344</sup>:

Ley IV. *Esto es Fuero de Castiella*: «[...] si la dueña otorgaba, que auia besado, y abraçado al cauallero, después que se juraron, que fuese todo suo de la dueña quantol auia dado en desposorio, e si la dueña non otorgaba que non auie abraçado, nin besado al cauallero, después que fueron desposados en uno, que diese todo lo que resciviera; e la dueña non quiso otorgar que la auia abraçado, nin besado, e diol todo lo que le auia dado»<sup>345</sup>.

---

<sup>344</sup> En este sentido, GONZÁLEZ, Jerónimo (en «Formas y Ritos matrimoniales», en *RCDI*, n. 60, 1929, p. 921), dice que «la ley romana de los visigodos y los epitomes sobre ella formados conservan la Constitución de CONSTANTINO, y en atención a que el ósculo es un verdadero título adquisitivo, concluyen en Francia por dar al verbo *osclare* la significación de *dotar*. La sobrevivencia de aquel precepto en nuestra legislación, no se discute, y de ello da clara muestra una de las fazañas recogidas en el Fuero Viejo, que pone al mismo tiempo de relieve el pudor y el orgullo de una rica hembra castellana».

<sup>345</sup> JORDÁN DE ASSO Y DEL RIO, Ignacio y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel: *El Fuero Viejo de Castilla*, sacado y comprobado con el exemplar de la misma Obra, que existe en la Real Biblioteca de esta Corte y con otros MSS, Madrid, 1771, p. 120.

En esta fazaña<sup>346</sup> castellana -roto el compromiso- el novio reclama la devolución de los regalos, mientras que la novia no accede a reintegrarlos<sup>347</sup>. Reclamación que llegó hasta el Adelantado de Castilla -Diego LÓPEZ DE ALFARO (Juez civil)-, quien recurrió a la antigua disposición romana. Disposición que como señala GACTO FERNÁNDEZ se encuentra deformada en cuanto a su primitiva naturaleza, debido a que lo que en su origen pudo ser una prueba de la efectiva celebración de los esponsales –sellados con ósculo- se convierte en esta fazaña como un elemento de juicio sobre el que basar una solución salomónica, ya que coloca a la desposada ante una difícil situación, es decir, retener los regalos tras reconocer que después de la firma del compromiso abrazo y beso al novio o, perderlos al negar que tales hechos acaecieron, descartando con ello la afirmación de la existencia de relaciones sexuales entre ambos -relaciones que como norma general, tenían lugar tras la realización de unos esponsales <ósculo interviniente><sup>348</sup>-.

En definitiva, esta fazaña castellana a diferencia del Fuero de Soria, se limita a liquidar las consecuencias patrimoniales de la ruptura de los esponsales ante la jurisdicción civil, la cual era competente para conocer de éstas, pero omite alusión alguna a la posibilidad de que uno de los

---

<sup>346</sup> Antiguamente las sentencias en Castilla se denominaban fazañas y aquellas que alcanzaban una mayor autoridad eran recopiladas en libros a semejanza de los repertorios de nuestros días (*vid.*, VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: «Iniciativas probatorias del Juez en el proceso civil», en *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, n. 1-2, Bosch, 2009, pp. 65-66).

<sup>347</sup> Decía la fazaña en cuestión: «Esta fazaña de Castiella: Que Doña Eluira sobrina del Arcidiano D. Matheo de Burgos, e fija de Ferran Rodriguez de Villarmentero, era desposada con un caballero, e diòle el cauallero en desposorio paños, e cinteras, e una mula ensillada de dueña, e partiòse el casamiento, e non casaron en uno; e el cauallero demandò a la dueña quel diese suas cinteras, e todas las otras cosa que le diò en desposorio, que non auie porque gelo dar; e vinieron ante D. Diego Lope de Faro, que era Adelantado de Castiella, e dijeron suas raçones antel cauallero, e suo Tio el Arcidiano D. Matheo, que era raçonador por la dueña; e judgo D. Diego [...]» (JORDÁN DE ASSO Y DEL RIO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 120).

<sup>348</sup> Entiende GACTO FERNÁNDEZ que «nada hay de común entre el beso ritual romano y el otorgar ahora la mujer que «avia besado y abraçado al caballero», porque se ha pasado de una formalidad jurídica determinante de la existencia del acto –esponsales- que producía efectos en Derecho, a unas efusiones sentimentales que el juez toma en cuenta para dar una solución pretendidamente equitativa, aunque en el fondo, acaso no lo fuera, y así la dueña pierde cuanto recibió en los esponsales» (*op. cit.*, p. 89).

desposados demandase el casamiento ante la Iglesia -acción a la que se podía acceder conforme al Derecho Canónico-.

Por otra parte, este Cuerpo de Leyes que regula la imposibilidad de contraer matrimonio por mujer soltera con persona distinta de aquélla con la que el padre, madre, hermanos o demás parientes -unos en defecto de otros, por este orden- la hubiesen prometido en matrimonio, castigaba con el desheredamiento de la mujer, salvo que los que la hubiesen prometido se negasen a la celebración de las nupcias movidos por malquerencia o codicia de retener lo de la mujer, quedando ésta eximida -realmente- cuando pudiese probar dichos hechos judicialmente<sup>349</sup>. Esta pena será reiterada por el Fuero Real y, de forma más amplia, por las Partidas.

#### IV. EL FUERO REAL

En el Fuero Real -aunque de forma menos rigurosa que en el Fuero Juzgo- también se recogen los esponsales en las Leyes IX y X, del Título I, del Libro III. Estas Leyes se configuran como dos preceptos aislados ubicados dentro de la regulación del matrimonio. Concretamente es en el Libro III, Título I: *De los casamientos*, Ley X: *Como el matrimonio de futuro se desface por el matrimonio de presente*:

---

<sup>349</sup> Libro V; Título V: *De los desheredamientos, que se ficieren en Castiella*; Ley I: «-Si alguna manceba en cauellos sin voluntad de suos parientes los mas propinquos, o de suos cercanos coormanos, casare con algund ome, e se ayuntare con èl por qualquiera ayuntamiento, pesano a suos parientes mas propinquos, o a suos cercanos coormanos, que non aya parte en lo de suo padre, nin en lo de la madre, e sea enagenada de todo eredamiento por todo siempre». Ley II. *Esto es Fuero de Castiella*: «-Que si alguna manceba en cauellos se casa o se va con algún ome, si no fuer con placer de suo padre, o de sua madre, si lo ouier, o con placer de suos ermanos, si los ouier, o con placer de suos parientes los mas cercanos, debe ser desereada, e puédela deseredar el ermano mayor, si ermanos ouier; e si ella fuer en tiempo de casar, e non ouier padre, o madre, e suos ermanos, o suos parientes non la quisieren casar por amor de eredar lo suo, deve ella mostrarlo en tres Viellas, o en mas, como es en tiempo de casar, e suos ermanos, e suos parientes non la quieren casar por amor de eredar lo suo, e de que lo ouier querellao e mostrado así como es derecho, e después casare, non deve ser deseredada por derecho» (JORDÁN DE ASSO Y DEL RIO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 136-138).



«Si algunos prometieren por palabra, ò por jura, que casarán uno con otro, sean tenudos de lo cumplir; [...]»<sup>350</sup>.

Dos son las precisiones previstas, en la parte inicial de esta Ley. De una parte, recoge las formas previstas para perfeccionar el acto -ya por palabra -de presente-, ya por juramento<sup>351</sup> -promesa de futuro-, de modo que la forma de los esponsales se encuentra más determinada; De otra, aunque regula la obligatoriedad de su cumplimiento, lo cierto es que éste podía quebrar en caso de que uno de los desposados se ordenase -caso en el que podía contraer nupcias libremente la otra parte<sup>352</sup>- o, contrajese matrimonio con tercero, encontrándose en ambos supuestos el incumplimiento de los esponsales precedido de una pena<sup>353</sup>.

Por otra parte, aunque de forma expresa no se alude a la exigencia de licencia paterna, lo cierto es que ésta es exigida de forma indirecta, debido a que establece su necesidad al castigar con la desheredación a las hijas que sin hacer honor a los esponsales concertados por su padre contraen matrimonio con otra persona<sup>354</sup>. Castigo que al igual que en el Fuero Viejo de Castilla autorizaba a desheredar a la mujer que contraía nupcias sin el consentimiento de los hermanos, cuando el marido no era conveniente para ella o para su linaje, pudiendo ser salvado en los siguientes supuestos:

a) Cuando mediase por el perdón posterior del ofendido y,

<sup>350</sup> ALFONSO X, *El Fuero Real de España...*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>351</sup> Acto de familia que según los canonistas permitía todas las prácticas de que los antiguos cristianos se servían para manifestarse mutuo.

<sup>352</sup> Ley IX. *Como ante de la copula carnal habida, el marido, ò la mujer pueden entrar en religión*: «-Si algunos se otorgaren por marido è por mujer, è ante que hayan que ver en uno, uno con otro ambos, y el uno quisiere tomar orden, puédalo facer: è si el uno fincáre à el siglo, puédase casar sin pena» (ALFONSO X, *El Fuero Real de España...*, *op. cit.*, p. 8).

<sup>353</sup> Ley X. *Como el matrimonio de futuro se desfaze por el matrimonio de presente*: «[...] pero si antes que hayan de ver uno con otro, alguno dellos se otorgáre con otro, en tal guisa que sea casamiento, este vala, è no el primero» (ALFONSO X, *El Fuero Real de España...*, *op. cit.*, p. 9). El Fuero Real manifiesta la pena en que incurrían los que eludían la obligación contraída por los esponsales.

<sup>354</sup> Libro III; Título I: *De los casamientos*; Ley II: *Como la mujer que casare sin licencia de los hermanos, no debe ser desposada* (vid., ALFONSO X, *El Fuero Real de España...*, *op. cit.*, p. 5).

b) cuando la mujer pudiese probar judicialmente que sus hermanos o demás parientes habían incumplido los esponsales contraídos por la figura paterna impidiendo la ulterior celebración del matrimonio, con la pretensión de hacer suya la herencia de aquella<sup>355</sup>. Esta pena o castigo será reiterado en las Partidas, al conceder la misma autorización al padre si el marido elegido y rechazado por la hija es tal «que serie asaz bien casada con él»<sup>356</sup>.

En síntesis, este antecedente perfila lo que esta figura es en la actualidad, tanto por la liberalidad de las formas que perfeccionan el acto como por la solución que presenta.

También en el Fuero Real, por influencia directa del Fuero Juzgo, se recoge la versión más ortodoxa de la Ley Constantiniana –se hace referencia nuevamente a la muerte del «sponsus» o de la «sponsa»-.

En este Cuerpo de Leyes que comprende, tanto arras como donaciones, se preveía que si la mujer había besado al esposo quedaba legitimada para retener la mitad de los regalos –que no de las arras-. Por cuanto concierne al esposo, la circunstancia del beso era del todo irrelevante a efectos de apropiarse de parte de la donación de la esposa. Por su parte, la esposa en caso de fallecimiento del esposo, recuperaba todo lo regalado o, bien pasaba a los herederos de ella si la imposibilidad de la celebración de las nupcias hubiese sido por causa de su fallecimiento. Y en el supuesto de no mediar beso la mujer no se quedaba con nada, pero si hubiesen mediado relaciones carnales, conforme a la Ley tenía derecho a todo -regalos y arras-<sup>357</sup>.

---

<sup>355</sup> En este sentido, *vid.*, las aportaciones de ÁVILA MARTEL, Almiro: «Antecedentes españoles de la Pragmática de 1776», en *Revista Chilena el Derecho*, n. 6, editorial jurídica de Chile, 1970, pp. 336-337.

<sup>356</sup> *Vid.*, Título I; Partida IV. *De los desposorios*; Ley X. *Que los padres non pueden desposar sus fijos non estando ellos delante, ó non lo otorgando.*

<sup>357</sup> Libro III; Título II: *De las arras que se deben dar en casamiento*; Ley V. *En qué manera puede haber lo que diere el esposo à la esposa*: «-Si el esposo de alguna mujer diere algunas donas en paños, ò en otras cosas à su esposa, è muriere el esposo ante que haya

En definitiva, en el Fuero Real en caso de dos esponsales realizados por hombre y mujer resulta innegable que tenía más peso jurídico el realizado por palabras de presente, cuando no mediase unión carnal, debido a que en este supuesto prevalecía el desposorio de futuro. Asimismo, se reitera en el Título I del Libro III las normas concernientes a la doncella que no hace honor a los esponsales concertados por su padre y contrae matrimonio con otro.

#### V. LA REGULACIÓN DE LOS ESPONSALES EN LAS PARTIDAS Y SU POSTERIOR REGULACIÓN EN LA NOVÍSIMA RECOMPILACIÓN

El Código de las Partidas, se alude a los esponsales con mayor precisión que el Fuero Juzgo, debido a la influencia tanto de las Decretales de Gregorio IX, como del Derecho Canónico. Concretamente se regula en el Título I: *De los desposorios* de la Partida IV.

Por otra parte, aunque el texto no se ocupa de los efectos patrimoniales derivados de la ruptura del desposorio -ya que tales efectos son presupuestos-, lo cierto es que sí regula de forma minuciosa sus clases, requisitos y efectos derivados del supuesto de incumplimiento, así como las justas causas que producen su extinción.

En la Ley I, se recoge la definición del simple desposorio o esponsales: «Llamado es desposorio el prometimiento que facen los homes por palabra quando quieren casarse».

Dos son las precisiones que se desprenden con independencia de la doctrina del casamiento:

---

que ver con ella, è la besò ante que muriese, la esposa haya la meytad de las donas que del tenia: è la otra meytad tornela à sus herederos, ò déla à quien él mandáre: è si la no besó, tórnele todas sus donas: è si arras le dio ante que muriese, è no hubo que ver con ella, tornelas aà herederos, ò à quien él mandáre: è si hobo que ver con ella, hayalas, asi como manda la Ley: è si ella diere alguna cosa à su esposo, quier la besare, quier no, si mas no hobo que ver con ella, tornelo à sus herederos, ò à ella: è si hobo que ver con ella, no torne ninguna cosa de las donas que della hobo» (ALFONSO X, *El Fuero Real de España...*, op. cit., p. 19).

a) Que en su enunciación figuran los hombres, es decir, el padre o los parientes de la mujer e, incluso el novio y,

b) que el pacto se configura como el compromiso para la realización del ulterior matrimonio<sup>358</sup>.

Así, para GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ<sup>359</sup> la paráfrasis que presenta la Ley sería curiosa si fuese práctica, ya que a continuación agrega que «tomó este nombre de una palabra que es llamada en latín *spondeo*, que quiere tanto decir en romance *prometer*. *et* esto es porque los antiguos hobieron por costumbre de prometer cada uno á la mujer con quien se quiere ayuntar, que casarie con ella». Promesa que era válida y subsiguiente aunque la hicieran «non seyendo ellos por mandanero<sup>360</sup> ó personero<sup>361</sup>»<sup>362</sup>.

Por su parte, la Ley II<sup>363</sup> reproduce la división entre esponsales de presente y de futuro. Esta división iniciada en obras anteriores, se transcribe en ésta y, pone de manifiesto el confusionismo existente en el Derecho español entre las dos clases de *sponsalías* tradicionales que en ésta coexisten -provenientes del Derecho Romano y admitidas por el Derecho

---

<sup>358</sup> *Vid.*, ARIAS BAUTISTA, María Teresa: *Barraganas y concubinas en la España medieval*, Sevilla, 2010, p. 37.

<sup>359</sup> GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, T. I, Madrid, 1862, p. 220.

<sup>360</sup> Se entiende por mandanero el que presta servicios de mensajes y correo.

<sup>361</sup> Por personero se entiende el procurador de las Cortes castellanas.

<sup>362</sup> ALFONSO X: *Las siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia*. T. III, Partida Cuarta, Quinta, Sexta y Séptima, Madrid, 1807, p. 3. Los precedentes de esta Ley se encuentran en [D. 23, 1, 2 (ULPIANUS, *libro singulari, Di Sponsalibus*)] y, [D. 23, 1, 1 (FLORENTINUS, *libro III. Institutionum*)].

<sup>363</sup> Distinción que procede de la Decretal contenida en el Libro IV, Título I, Capítulo XXXI (*vid.*, GREGORII PAPAE IX: *Decretales. Svae Integritati, vna cum glossis restitvtae*. Cum privilegio Gregorii XIII. Pont. Max. Permittente Sede Apoftolica, Venetiis, 1605, pp. 1443-1444).

Canónico-. Por ello y, con la finalidad, de esclarecer dicho galimatías se distinguieron dos formas de desposorios<sup>364</sup>:

a) El que «se face por palabras que demuestran el tiempo que es presente» -equivalente a un matrimonio no consumado contraído por pura voluntad de los contrayentes, en una época en la que el matrimonio no estaba sujeto a requisitos de forma- constituido ante párroco y testigos. Este tipo de esponsales tuvo escasa diferencia con el denominado matrimonio rato en el Derecho canónico, por lo que el vínculo tendió a ser indisoluble y a tener las mismas repercusiones que el matrimonio motivo. De ahí que la causa de su erradicación -a partir del Concilio de Trento- fuera la solapación que este tipo de desposorio producía con el matrimonio clandestino y,

b) el que «se face por palabras que demuestran el tiempo que es por venir» que alude al concepto estricto de esponsales. En este caso, aunque el promitente que no alegase justa causa podía ser obligado por Sentencia de la Santa Iglesia hasta que lo cumpliera, lo cierto es que la eficacia personal presentada por los esponsales que comportaba la exigencia del incumplidor a su cumplimiento bajo pena de cárcel, sería suprimida por la Pragmática de Carlos IV de 1803. Además, en líneas posteriores este texto reconoce que en este caso se contraía más bien *casamiento*, aunque por uso se denominaba *desposorio*<sup>365</sup>.

Por tanto, solo tenían la consideración de esponsales, los de futuro, debido a que los esponsales de presente no presentaban diferencia alguna con el matrimonio.

---

<sup>364</sup> Para GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, esta división debió ser viciosa, porque las consecuencias que se sacan de ella, son equivocadas. Por un error que la autoridad de la escuela hace disculpable, la Ley llama esponsal al matrimonio rato; y de conformidad con ciertas doctrinas, entonces bien definidas, señala al primero efectos propios, en todo caso del segundo ¿Cómo si no, se explica que el esponsal pudiera pasar a matrimonio por la cópula posterior? (*Códigos ó estudios fundamentales...*, 1862, *op. cit.*, p. 223).

<sup>365</sup> Ley II. *Quántas maneras son de desposorios et cómo deben ser fechos*. «[...] mas es de casamiento que de desposajas, como quier que los homes usan á llamarla desposorio» (ALFONSO X, *Las siete Partidas del Rey...*, *op. cit.*, 1807, p. 3).

Adicionalmente a lo anterior, dos son las precisiones que conviene tener presente, de una parte, que aunque en ambos supuestos se utiliza la misma denominación, el supuesto de esponsales de presente -con ósculo interviniente- podía ver suspendida su eficacia durante un periodo de dos meses -tiempo durante el cual las partes no podían ser obligadas a la consumación<sup>366</sup>-; De otra, que la calificación de los esponsales como promesa de futuro matrimonio<sup>367</sup> y su tipificación como precontrato de matrimonio que con éste tiene idéntica relación que la promesa de compraventa de ésta -paralelismo fundado en que ambos negocios se consuman por la celebración del posterior al que tienden; son revocables con la pérdida de las arras o devolución duplicada de éstas y, porque siendo nulos, se convalidan con el negocio posterior<sup>368</sup>-, negaba el carácter de esponsales a los denominados esponsales de presente contemplados en la citada Ley.

Con la Ley III, aunque se establecen las diferencias entre los esponsales de presente y el matrimonio, lo cierto es que esta clasificación carente de fundamento lógico y de realidad jurídica no establece ninguna

---

<sup>366</sup> Vid., BADOSA COLL, Ferrán: «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 100.

<sup>367</sup> Vid., GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos ó estudios fundamentales...*, 1862, *op. cit.*, p. 223; BENITO GOLMAYO, Pedro: *Instituciones del Derecho Canónico*, T. II, Madrid, 1859, p. 35; MARTÍNEZ, Silvestre Manuel: *Librería de Jueces, Utilísima y Universal*, T. II, Madrid, 1791, Cap. I, n. 95, p. 36; GARCÍA GOYENA, Florencio y AGUIRRE, Joaquín: *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo*, T. I, Madrid, 1852, 4.<sup>a</sup> ed., p. 52; DE ELIZONDO, Francisco Antonio: *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España, y de las Indias*, T. VII, Madrid, 1789, Cap. I, n. 18, p. 7.

<sup>368</sup> Así, DE ELIZONDO, sostiene que «el contrato de esponsales tiene una perfecta analogía con el de compra-venta. Se observa la misma diferencia entre la promesa de vender y la vendición efectiva, que entre los esponsales y el matrimonio: porque aquélla se consume por la entrega de lo vendido, y éstos por el consorcio subsiguiente; porque al paso de uno y otro contrato intervienen igualmente arras, si la venta es irrevocable antes de la entrega de la cosa y puede resedarse de ella, volviéndolas al comprador, y duplicándolas al vendedor que las percibió, así también son revocables los esponsales antes del matrimonio con restitución de las alhajas y, porque así como la vendición nula se robustece por la entrega posterior de la cosa, convalecen de la misma forma los esponsales viciosos al principio por el matrimonio subsiguiente, prefiriéndose siempre el auxilio de éste, los segundos a los primeros, por mas vínculos, con que se ligen» (*Práctica Universal...*, 1789, Cap. I, n. 23, *op. cit.*, p. 10).

diferencia entre unos y otros, comportando que los esponsales sean configurados de forma necesaria como una promesa de futuro matrimonio, debido a que si se contraen de presente no hay diferencia real que los separe del matrimonio<sup>369</sup>. Concretamente dice la citada Ley:

*Ley III. De las desposajas que se facen por palabras de presente por qué razón son desposajas es non casamiento: «Palabras dicen los homes de presente en sus desposorios, que como quier que semejan de matrimonio, non son sinon de desposajas».*

Asimismo, los esponsales de presente aunque se muestran como un supuesto de conversión del negocio nulo, ya que resulta innegable que los supuestos -el matrimonio sometido a condición potestativa (si ploguiere á mio padre) o causal y, el celebrado por quien teniendo siete años «non hobiesen ear complida para casar<sup>370</sup> [...] ca en tal razón como esta non han tanto de catar la fuerza de las palabras como lo que manda el derecho guardar»- aportados son condicionales y no de esponsales de presente, lo cierto es que demuestran que eran verdaderos matrimonios.

Además, como la naturaleza del matrimonio se oponía a que se pudiesen celebrar de forma condicional (yo te rescibo por mi mujer si ploguiere á mio padre) los contraídos bajo condición o, con impedimento de edad se consideraban de esponsales y no de matrimonio, pero sí la condición se cumplía o el menor llegaba a *edar complida* y consentía -expresa o tácitamente- los esponsales dejaban de ser promesa de matrimonio para convertirse en matrimonio. Supuestos todos de esponsales de futuro en los que el matrimonio estaba condicionado a que el padre prestase su

---

<sup>369</sup> *Vid.*, DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M<sup>a</sup> Dolores y HERNÁNDEZ GIL, Francisco: *Lecciones de Derecho de familia*, Ed. Ceura, Madrid, 2007, 2.<sup>a</sup> ed., p. 96.

<sup>370</sup> También, Partida IV; Título I: *De los desposorios*; Ley VI: *De qué edat deben ser los que se desposen*, en la que se señala que la edad para celebrar esponsales es de siete años.

consentimiento o el menor alcanzase la edad necesaria para contraer las nupcias<sup>371</sup>.

Como ya se ha dicho, los esponsales de presente también fueron reconducidos al concepto canónico de matrimonio no consumado o rato<sup>372</sup> y, al de matrimonio clandestino -el no celebrado ante la presencia de testigos y párroco-, que cual sería abolido por el Concilio de Trento<sup>373</sup> y, por tanto, a partir de ese momento quedarían como auténticos esponsales, únicamente, los de futuro<sup>374</sup>.

Con la introducción de estos esponsales de futuro dentro de los contratos consensuales, de una parte, se origina que las formas de exteriorización del carácter explícito previsto por la Ley III, admitieran que establecida la declaración y voluntad de una de las partes, la promesa de la otra podía ser tácita o desprenderse de conjeturas<sup>375</sup> y, de otra, que el consentimiento podía estar sometido a término e, incluso a condición

---

<sup>371</sup> Vid., VIZCAÍNO PÉREZ, Vicente: *Compendio del Derecho Público y Común de España ó De las Leyes de las siete partidas*, T. I, Madrid, 1784, p. 55; DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ y HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 96.

<sup>372</sup> En este sentido, las Decretales de Gregorio: Libro II, Título XXIII, Capítulo XIII: «an iuuenis fpontfam, in quam per verba e prafenti confenát, debeat vxorem habere; Libro III, Título XXXII, Capítulo VII: licet a praefa to viro efponfata fuerit, aoc tamen (ficut afferit) ab ipfo eft incognita» (GREGORII PAPAE IX, *op. cit.*, pp. 791-792 y 1261-1262).

<sup>373</sup> El Decreto de Reforma sobre el Matrimonio en su Capítulo I, sesión 24 establece la obligación de celebrar el matrimonio ante párroco y dos o tres testigos. Y después y antes de la consumación establece la obligatoriedad de celebrar las proclamas (*vid.*, TEJADA Y RAMIRO, Juan: *El Sacrosanto, Ecuménico y General Concilio de Trento*. En latín y castellano, Madrid, 1859, pp. 311 y ss.).

<sup>374</sup> Vid., SALA, Juan: *Ilustración del Derecho Real de España*, T. I, Madrid, 1829, 2.<sup>a</sup> ed., p. 26; ROMERO Y GINZO, Joaquín: *Sala Novísimo ó nueva ilustración del Derecho Real de España*, dedicada a Ramón DE LA SAGRA, T. I, Madrid, 1843, 2.<sup>a</sup> ed., p. 54; SOCIEDAD DE ABOGADOS: *Febrero*, arreglado á la legislación y practica vigentes, T. II, Barcelona, 1849, p. 24; ESCRICHE, Joaquín: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, T. I, Madrid, 1847, 3.<sup>a</sup> edición corregida y aumentada, p. 736; DEL VISO, Salvador: *Lecciones Elementales de Derecho Civil*, I, *Del derecho de las personas con relación á su estado*, Valencia, 1868, 3.<sup>a</sup> edición arreglada a la legislación vigente, p. 72.

<sup>375</sup> Por el contrario, DE ELIZONDO, sostiene que «las palabras o señales inductivas de este contrato deben ser claras sin ambigüedad alguna y, que denoten el actual consentimiento y voluntad de ambas partes» (*Práctica Universal Forense...*, 1789, Cap. III, n. 5, *op. cit.*, p. 27).



lícita<sup>376</sup>. Sin embargo, a mayor abundamiento se cuestiona la admisión de condición de dispensa de impedimentos impedientes –con tal de que dispense su Santidad-<sup>377</sup>.

En definitiva, los esponsales de presente se configuraban como el consentimiento prestado en el matrimonio que se estaba realizando, por lo que entre los esponsales de presente y el matrimonio consumado, no existía mayor diferencia que la prevista por las Leyes de las Partidas –«pero el matrimonio es acabado de palabra et de fecho, et el otro de palabra tan solamente»<sup>378</sup>-. Esta diferencia desaparecería con lo previsto por el Concilio de Trento sobre las formalidades en que debía ser realizado el matrimonio<sup>379</sup>.

---

<sup>376</sup> Es decir, la no opuesta al fundamento de la institución matrimonial [Partida IV, Título IV, Ley III], la que contemplará el sostenimiento de las cargas del matrimonio o la aceptación familiar. Así, lo entiende DE ELIZONDO al decir que: «La experiencia nos ha hecho ver en muchos casos que suelen por lo común los jóvenes contraer esponsales baxo las condiciones: *Si lograsen algún destino: si adquiriesen mas bienes, ó proporción e ellos; y si sus padres, tutores, ó parientes lo llevasen a bien*, cuyas condiciones, siempre son lícitas, y como que se dirigen á la mas fácil sustentación de las cargas matrimoniales, en que interesan el estado, y las familias, solo ligarán verificados los extremos estipulados por la regla, y principio general en esta materia de contener, é incluir aquel contrato la condición tácita, si no variase de estado el objeto, á que miró la obligación» (*Práctica Universal Forense...*, 1789, *op. cit.*, Cap. III, n. 6, p. 27). *Vid.*, también, DE TAPIA, Eugenio: *Febrero Novísimo ó Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, refundida, ordenada bajo nuevo método y adicionada con un tratado del Juicio Criminal y algunos otros, T. I, Valencia, 1828, p. 15.

<sup>377</sup> Es este sentido, MARTÍNEZ entiende que los esponsales de futuro son puros y sin condición, es la mutua promesa del futuro matrimonio por el que quedan obligados los que la realizan a contraer matrimonio *in facie Ecclesie* y, añade que: «Con la distinción de que, si son parientes, de los grados dispensables, deben pactar, con tal que dispense su Santidad» (*op. cit.*, Cap. I, n. 95, p. 36). Por el contrario, DE ELIZONDO dice que «entre los ligados con algún parentesco, como no pueden estos contraer esponsales por la disposición común, y general de derecho, debe tenerse por no puesta la condición frecuente en ellos, si el Papa dispensase el impedimento, necesitándose, quando se verifica la dispensación de un nuevo consentimiento en su execucion; de modo, que si los contratantes se negasen á él quedan en plena libertad para elegir el estado con la persona, que mas les acomode» (*Practica Universal Forense...*, 1789, Cap. III, n. 6, *op. cit.*, p. 27).

<sup>378</sup> Partida IV; Título I: *De los desposorios*; Ley IV: *Que el matrimonio que se face por palabras de presente es valedero también como el que es fecho por ayuntamiento del marido et de la muger; et qué departimiento ha entre ellos* (*vid.*, ALFONSO X, *Las siete partidas del Rey...*, 1807, *op. cit.*, p. 4).

<sup>379</sup> *Vid.*, Decreto de Reforma sobre el Matrimonio, Capítulo I, sesión 24.

## 1. LOS REQUISITOS DE VALIDEZ DE LOS ESPONSALES: EDAD Y FORMA

En las Partidas los esponsales se podían celebrar tanto por el hombre, como por la mujer. La edad señalada se cifraba en siete años, siendo nulos los contraídos con anterioridad a dicha edad –ya por ellos o, por sus parientes en nombre de ellos- y, por ende carentes de eficacia coactiva, con la excepción de que fuesen convalidados o ratificados por el varón a los 14 años y por la mujer a los 12 años -o bien pudiendo hacerlo uno solo de ellos, sin necesidad de que el otro alcanzase la edad establecida<sup>380</sup>- con la intervención anterior o posterior del consentimiento paterno o de las personas que debiesen darlo. Así se dispuso:

*Ley VI. De qué edat deben ser los que se desposan:* «porque entonce comienzan á haber entenimiento et son de edat que les placen las desposajas: et si ante desta edat se desposasen algunos ó ficiesen el desposorio sus parientes en nombre dellos, non valdrie ninguna cosa lo que feciesen, fueras ende si desque pasasen desta edat les ploguiese lo que habien fecho et lo consentiesen»<sup>381</sup>.

Por otra parte, los esponsales -al igual que para el matrimonio- exigían para su validez del consentimiento de ambos contrayentes, ya que de contrario, éstos tenían la consideración de nulos<sup>382</sup>.

*Ley X. Que los padres non pueden desposar sus fijos non estando ellos delante, ó non lo otorgando:* «Prometiendo ó jurando un home á otro que rescibiere una de sus fijas por mujer, por tales palabras como estas non se facen las esposajas, pues que ninguna de las fijas non está delante nin consiente en él. Et esto es porque bien

---

<sup>380</sup> Partida IV; Título I: *De los desposorios*; Ley II: *Quántas maneras son de desposorios et cómo eben ser fechos*; Ley VIII: *Por quántas razones se pueden embargar ó desfacer los desposorios que se non cumplan* (vid., ALFONSO X, *Las siete partidas del Rey...*, 1807, *op. cit.*, p. 9).

<sup>381</sup> ALFONSO X, *Las siete partidas del Rey...*, 1807, *op. cit.*, p. 6.

<sup>382</sup> Vid., ALFONSO X, *Las siete partidas del Rey...*, 1807, *op. cit.*, p. 9.

asi como el matrimonio non se puede facer por uno solo, otrosi nin las desposajas»<sup>383</sup>.

Por tanto, la negativa de la hija no tenía la consideración de desobediencia culpable y, en consecuencia, el padre «non las puede apremiar que lo fagan en todo, como quier que les puede decir palabras como de castigo que lo otorguen».

Así, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, matiza que «de esperar es que ningún hombre prudente emplee este medio: las amonestaciones y amenazas expondrían a quien las emplease al remordimiento por las consecuencias de un esponsal contraído a disgusto»<sup>384</sup>.

Sin embargo, esta Ley en caso de que el escogido fuese un hombre digno, ponía a disposición del padre la pena o castigo de desheredación – vigente en el Fuero Real- a la hija que no hacía honor a los esponsales concertados, contrayendo nupcias con persona distinta en contra de la voluntad de su padre o, en su caso, se hiciese ramera, pudiendo escoger y ofrecer –caso de que tuviese varias hijas- a una de ellas en esponsal. Potestad que también fue extensible a los hijos. Así se dispuso:

*Ley XI. En cuya escogencia debe ser de dar ó de tomar alguna de las fijas que desposan sus padres:* «[...] en escogencia es el padre que fizo la promisión de darle qual quisiere dellas [...] et lo que dixiemos en esta ley et en la de ante della de las fijas, entiéndese también de los fijos»<sup>385</sup>.

De lo anterior, conviene precisar que estas Leyes, aún a pesar de que no destruían la voluntad de la hija directamente –que no de forma indirecta-, quedaron sin efecto tras la aplicación de las Pragmáticas de Carlos III y Carlos IV, debido a que la celebración del contrato de esponsales requería de

---

<sup>383</sup> ALFONSO X, *Las siete partidas del Rey...*, 1807, *op. cit.*, pp. 10-11.

<sup>384</sup> *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, T. I, Madrid, 1868, 2.<sup>a</sup> ed., p. 221.

<sup>385</sup> ALFONSO X, *Las siete partidas del Rey...*, 1807, *op. cit.*, p. 10.

forma necesaria para su validez la obtención por el hijo/a de familia del consejo y consentimiento de los obligados a prestarlo.

En suma, será con anterioridad a la finalización del siglo XVIII cuando se aborde desde los poderes públicos el problema de inseguridad jurídica creado por la forma en que se contraían los esponsales, dotándoles de una forma determinada.

Asimismo, de la consulta de las disposiciones establecidas sobre esponsales de la Novísima Recopilación en las décadas finales del Siglo XVIII, se observa la problemática suscitadas por éstos, debido a que, como norma general, los esponsales eran contraídos sin forma y solemnidad alguna. Por ello, éste será el momento en el que se comiencen a adoptar medidas legales, con la finalidad de dar una solución a dichos perjuicios.

En el artículo I de la Pragmática de Carlos III, de 23 de marzo de 1776 que forma la Ley IX, del Título II, del Libro X de la Novísima Recopilación, de forma explícita se establece que los hijos/as de familia -es decir, los menores de 25 años- para poder celebrar el contrato de esponsales, debían pedir y obtener el consejo y consentimiento de su padre o, en su defecto de su madre; en ausencia de éstos, de los abuelos paternos por ambas líneas; a falta de aquéllos, de los dos parientes más cercanos mayores de edad y, en defecto de estos últimos de los tutores o curadores. Requiriendose, también de la aprobación del Juez Real para el caso de consentimiento otorgado por parientes, tutores curadores.

Por otra parte, en el artículo IX de dicha Pragmática se preveía que contra el irracional disenso de los obligados a prestar el consentimiento, se admitía recurso sumario a la Justicia Real ordinaria<sup>386</sup>.

---

<sup>386</sup> *Vid.*, AA.VV: *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, en que se reforma la Recopilación publicada por el Sr. D. Felipe II en el año de 1567, reimpresa últimamente en el de 1775 y se incorporan las pragmáticas, cédulas hasta el año 1804, Vol. IV, 1975, pp. 11-15.

En suma, con este precepto, de una parte, se limita e impide la celebración privada y secreta de los esponsales y, de otra, se inicia una revuelta política de carácter reformador que culminará con la Pragmática de Carlos IV<sup>387</sup>.

Asimismo, la Pragmática de Carlos IV que sustituyó a la anterior – debido a que aquélla contenía aspectos defectuosos- y que tuvo su razón de ser en «cierto pleito de esponsales»<sup>388</sup> que en aquél momento se suscitaba, presentó, entre otras, las siguientes reformas: el cambio de la acepción de algunas palabras –menor por la de hijo-; la variación de la sustanciación del recurso por negativa del consentimiento y, el establecimiento de cierta graduación en la edad según las personas encargadas de prestarse.

En síntesis, la Pragmática de Carlos IV para la celebración de los esponsales exige la licencia –consentimiento- tanto para los hijos de familia menores de 25 años, como para las hijas de familia menores de 23 años. Esta licencia correspondía en el siguiente orden: el padre; en su defecto la madre –adquiriendo las hijas e hijos la plena libertad para contraer nupcias libremente un año antes-; en ausencia de los anteriores, los abuelos paternos y, en su defecto el materno –se rebaja también en este caso otro año-; no habiendo ni padres ni abuelos, debía ser solicitada a los tutores o curadores y, en su ausencia al Juez del domicilio. Supuesto último en el que como en los casos anteriores, también podían contraer nupcias un año antes –los varones a los 22 años y las mujeres a los 20 años-. Además, mantiene el recurso judicial establecido por la Pragmática de Carlos III de 1773 para el supuesto de oposición irracional paterna ante el Presidente de la Chancillería y Audiencia<sup>389</sup>.

---

<sup>387</sup> Pragmática realizada en Aranjuez por R. D. de 10 de Abril de 1803.

<sup>388</sup> GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos ó estudios fundamentales...*, 1862, *op. cit.*, p. 230.

<sup>389</sup> Esta figura fue sustituida por los jefes políticos de cada provincia por Decreto de las Cortes de 14 de abril de 1813. Este Decreto se presentaba en los siguientes términos: «Que la facultad que según la pragmática de matrimonios de 10 de abril de 1803 ejercían los presidentes de las chancillerías y audiencias y el regente de la de Asturias, concediendo ó negando á los hijos de familia licencia para casarse, la ejerzan en los casos que expresa la referida pragmática los jefes políticos de cada provincia en los términos que en ella se

Por su parte, la Ley del consentimiento y consejo para contraer matrimonio de 20 de junio de 1862 derogatoria de la Recopilada, se consideró aplicable a los esponsales por la comisión de Codificación, aún a pesar de que su redacción se limitaba a la celebración del matrimonio, debido a como GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ<sup>390</sup> afirma que «las formalidades de la Pragmática de 1803 podían considerarse virtualmente derogadas por esta Ley que exige el consentimiento en el único caso en que puede ser útil, que es el matrimonio»<sup>391</sup>.

Esta Ley que disminuye las edades previstas por la Recopilada -25 años en los varones y de 23 años en las mujeres- a 23 años en los varones y a 20 años en las mujeres, se justifica en la ilógica exigencia de una edad superior para contraer esponsales que para contraer matrimonio.

Asimismo, en esta época los hijos para celebrar el contrato de esponsales debían pedir y obtener el consejo y consentimiento de los obligados a prestarlo [Pragmática de Carlos III de 1776] y, de conformidad con esta disposición la Pragmática de Carlos IV de 1803 estableció la inadmisión de demandas de esponsales, sino eran celebrados por personas habilitadas para contraer éstas, según los expresados requisitos.

Otro aspecto de interés, se centra en la sanción impuesta para el supuesto de ausencia de licencia. Esta inexistencia de licencia supuso la no consideración de los esponsales como impedimento impediendo y, la inadmisibilidad de la demanda de cumplimiento. Así se desprende de las Cédulas del Consejo de 31 de Agosto de 1784 y, de 3 de Julio de 1788 que

---

previene». Asimismo este Decreto sería restablecido por otro posterior de 30 de agosto de 1836, conforme al que se manda que tanto las licencias para contraer matrimonio como las solicitadas para suplir el disenso paterno, se expidiesen por los jefes políticos (VALLECILLO, Antonio: *Ordenanzas de S. M. para El Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus ejércitos*. Ilustradas por los artículos con las reales órdenes expedidas hasta la fecha de esta edición, T. III, Madrid, 1852, pp. 133-134).

<sup>390</sup> *Códigos ó estudios fundamentales...*, 1868, *op. cit.*, p. 245.

<sup>391</sup> Sobre la posición de la Comisión de Codificación *vid.*, las argumentaciones de GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos ó estudios fundamentales...*, 1868, *op. cit.*, p. 226; DEL VISO, *op. cit.*, p. 76.

forman –respectivamente- la Ley XII, y, Ley XVII, del Título II, del Libro X (ambas de la Novísima Recopilación). Estos textos se presentaban –respectivamente- con el tenor literal siguiente:

«No se admitan en los Tribunales los esponsales contraídos sin el aseso paterno, ó de los que deban darle»<sup>392</sup> y, «No se deben admitir en los Tribunales eclesiásticos demandas de esponsales celebrados sin el consentimiento paterno [...]»<sup>393</sup>.

Adicionalmente, a esta licencia de edad se suma con carácter precedente la necesidad de licencia Real. Esta licencia preexistente en el caso de militares y extensible a los alumnos del Real Colegio de Ocaña, con la finalidad de evitar la pérdida de que un gran número de jóvenes –ambos sexos- que llevados por la sensualidad y sin la debida reflexión suspendían su carrera y se inutilizaban en perjuicio tanto del Estado como de sus familias<sup>394</sup>, también sería exigida para todos aquéllos/as que se encontrasen en Universidades, Seminarios o Casas de enseñanza, erigidos con autoridad pública<sup>395</sup> y, con posterioridad, delegada en diversos cargos, reservándose el Rey la «de los Colegios militares, Seminarios de Nobles y de inmediata protección, tanto de varones como de mujeres»<sup>396</sup>.

---

<sup>392</sup> Libro X; Título II: *De los esponsales y matrimonios; y sus dispensas*; Ley XII: *La anterior disposición se extienda á los individuos de Colegios, Universidades, y Seminarios de ambos sexôs (Novísima Recopilación..., op. cit., p. 15).*

<sup>393</sup> Libro X; Título II: *De los esponsales y matrimonios; y sus dispensas*; Ley XVII: *Consentimiento que deben pedir los hijos de familia para sus esponsales y matrimonios (Novísima Recopilación..., op. cit., p. 18).*

<sup>394</sup> Real Orden de 23 de octubre de 1783 contenida en el Libro X; Título II: *De los esponsales y matrimonios; y sus dispensas*; Ley XI: *Los alumnos del Real Colegio de Ocaña no puedan sin licencia de S. M. ligarse para matrimonio (vid., Novísima Recopilación..., op. cit., p. 15).*

<sup>395</sup> Cfr. Cédula del Consejo de 31 de agosto de 1784 (Ibídem).

<sup>396</sup> Cédula del Consejo de 28 de octubre de 1784, Ley XIII, del Título II, del Libro X (*Novísima Recopilación..., op. cit., pp. 15-16).*

En definitiva, será con la Pragmática de Carlos IV, de 10 de abril de 1803, cuando en el caso de menores la licencia real fuese posterior a la licencia familiar<sup>397</sup>.

El segundo requisito se concretaba en la forma que debían revestir los esponsales para que fuesen válidos. En este sentido, en las Partidas no se exige forma escrita, si bien, las cinco maneras de manifestar el consentimiento de los esponsales de futuro que este Cuerpo de Leyes prevé son todas orales. Mientras que en el caso de los esponsales de presente, establece que se contraen desposorios diciendo uno y otro que se reciben recíprocamente por marido y mujer, o que consienten en serio o, que tendrán por tales y guardaran lealtad en adelante, advirtiendo de esta forma que más bien se contrae casamiento, aunque por uso se denomina desposorio<sup>398</sup>.

Por otra parte, y sin querer hacer sino este mínimo apunte, en la Instrucción Reservada que FLORIDABLANCA elaboró para la Junta Suprema de Estado en 1787, calificada por ESCUDERO como «el documento más extenso, ambicioso y comprehensivo que jamás haya recibido un organismo de la administración central española»<sup>399</sup>, se trataron temas referentes a asuntos eclesiásticos y a las relaciones de la Iglesia-Estado. La preocupación de los esponsales se desprende de la referencia que a éstos se dedica por los párrafos XX y XXI<sup>400</sup>. Párrafo último que pone de manifiesto que en Portugal,

---

<sup>397</sup> *Vid.*, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1984, *op. cit.*, p. 103.

<sup>398</sup> Cfr., Partida IV; Título I: *De los desposorios*, Ley II. *Quántas maneras son de desposorios et cómo deben ser fechos* (ALFONSO X, *Las siete partidas...*, 1807, *op. cit.*, p. 3).

<sup>399</sup> *Los orígenes el Consejo de Ministros en España*, T. I, Ed. Complutense, Madrid, 2001, p. 436.

<sup>400</sup> Dice el literal de los citados párrafos: XX. *Tambien se pedirá a la córte romana que tolere e los esponsales y contratos matrimoniales, para evitar muchos desórdenes.* «-Finalmente, la cuarta pretensión principal con la curia romana puede ser la de que tolere de los esponsales y contratos matrimoniales, para evitar tantos desórdenes en la juventud de ambos sexos, tantos perjuicios y disensiones en las familias, y tantos pleitos costosos y contrarios á la quietud pública y doméstica, como se experimentan en los tribunales reales y eclesiásticos de la seducción, ó de la malicia y pasión desordenada con que se conciben y extienden los llamados esponsales, ó promesa de casarse». XXI. *Ejemplo digno de imitación dado por la córte de Portugal:* «-La córte de Portugal ha hecho una ley ó



la Reina María I, conociendo «os muitos e gravísimos abusos que se practicaõ na celebração o contrato Esponsalicio, por nao haver leis que regulem a forma delle [...]» después de haber mandado examinar esta delicada materia por una Junta de Prelados y Ministros de su Consejo, dispuso el 6 de octubre de 1784:

«[...] nenhuma pessoa de qualquer qualidæ, e conicaõ que seja, possa contrair Esponsaes sem ser pur Escritura pública, lavrada por Tabelliao, e assignada pelos contrahentes, e pelos Pais de caa hum elles; e na falta dos Pais, pelos respectvos Tutores, ou Curadores, e por uas Testemunhas ao menos[...]»<sup>401</sup>.

Esta política reformadora -iniciada en 1776 y apoyada por las recomendaciones de FLORINDABLANCA en la Instrucción Reservada-, justificó la Pragmática dada por Carlos IV en 1803, conforme a la que «en ningún Tribunal eclesiástico ni secular de mis dominios, se admitirán demandas de esponsales, sino es que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por sí mismas según los expresados requisitos y prometidos por escritura pública; y en este caso se procederá en ellas, no como asuntos criminales ó mixtos sino como puramente civiles»<sup>402</sup>.

---

reglamento muy prudente sobre estos puntos, y sería muy provechoso imitarla, reduciendo ó limitando los esponsales obligatorios á los que se celebrasen con ciertas formalidades, y prohibiendo que sobre los demás se admitiesen demandas ni recursos; con lo que hombres y mujeres serían más precavidos y más morigerados» (ESCUADERO, José Antonio: *Los orígenes el Consejo de Ministros en España*, T. II, Ed. Complutense, Madrid, 2003, p. 22).

<sup>401</sup> DELGADO DA SILVA, Antonio: *Collecção da legislação portugueza desde a ultima compilação das ordenações, redigida pelo Desembargador Antonio Delgado da Silva; Legislação de 1775 a 1790*, Lisboa, Typografia Maigrense, 1828, pp. 15 y ss.

<sup>402</sup> Libro X; Título II: *De los esponsales y matrimonios; y sus dispensas*; Ley XVIII: *Nuevas reglas para la celebracion de matrimonios; y formalidades de los esponsales para su validacion (Novísima Recopilación...*, *op. cit.*, p. 18). Sobre la calificación de civiles o criminales a los pleitos de esponsales *vid.*, las aportaciones de DE ELIZONDO, Francisco Antonio: *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España, y de las Indias*, T. IV, Madrid, 1784, pp. 414-415.

De modo que la Ley portuguesa inspiró la Pragmática de Carlos IV de 1803<sup>403</sup>, lo que supuso un gran interés en el Derecho Canónico, debido a que la disposición española, fue el punto de partida para la formación de la costumbre de no admitir demandas de esponsales en los Tribunales eclesiásticos si no estaban redactados en escritura pública, lo que influyó de forma decisiva en la Iglesia para considerar la conveniencia de dotar a los esponsales de un carácter formal<sup>404</sup>.

En suma, se exige para la admisión de la demanda de cumplimiento<sup>405</sup> la constancia en escritura pública y, se excluyen todos los demás medios admitidos en Derecho que podían ser utilizados con anterioridad a 1803 en los juicios sobre esponsales: la confesión judicial o extrajudicial de las partes; el instrumento público o privado –incluido el redactado ante párroco- y, la comparecencia de testigos<sup>406</sup>.

En síntesis, con la Pragmática de 1803 que forma la Ley XVIII, del Título II, del Libro X de la Novísima Recopilación, de una parte, se solucionan los problemas de inseguridad creados por la prueba testifical y el documento privado –medios más utilizados-, puesto que tras la demanda los esponsales debían constar en documento público, debiendo ésta

---

<sup>403</sup> En este sentido, PRIETO GONZÁLEZ, Carlos (en «Sobre la forma de los esponsales desde el siglo XVI hasta nuestros días», en *Liber amicorum*. Ignacio DE LA CONCHA (coord.), Universidad de Oviedo, 1986, p. 420) sostiene que la recomendación de FLORIDABLANCA de copiar la ley portuguesa sobre esponsales, expresada en la Instrucción Reservada, fue tenida en cuenta, con toda probabilidad unos años después. También, SIERRA NAVA, Luis y FÉLIX DE LEQUERICA, José: *La reacción del episcopado español ante los decretos de matrimonios del ministro Urquijo de 1799 a 1813*, Ed. Estudios de Deusto, Bilbao, 1964, p. 471), afirman que «concretamente la parte primera de la Instrucción, que era la que preferentemente se ocupaba de las materias eclesiásticas, fue legada al advenimiento de CARLOS IV, a los sucesores ministeriales del Conde».

<sup>404</sup> *Vid.*, *Ibidem*.

<sup>405</sup> Su carácter retroactivo sería eliminado mediante R. O. de 26 de mayo de 1803. *Vid.*, en este sentido, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1984, *op. cit.*, p. 103.

<sup>406</sup> Sobre el valor de la escritura, *vid.*, las aportaciones de DE TAPIA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 21-22; DE ELIZONDO, *Práctica Universal Forense...*, 1789, Cap. VIII, nn. 3 y ss., *op. cit.*, pp. 112-121.

acompañarse de escritura para ser admitida por el Juez<sup>407</sup>, lo que originó un recurso de fuerza en caso de que el Juez eclesiástico admitiese una demanda sin la forma indicada<sup>408</sup> y, de otra, se varia la Legislación patria, conforme a la exigencia de que los esponsales constasen en escritura pública para que los Tribunales diesen entrada a las demandas que sobre ellos se pudiesen establecer.

En definitiva, la admisión de demandas de esponsales en los Tribunales eclesiásticos requería de escritura pública y, que a su otorgación hubiese precedido la licencia o el consentimiento paterno exigido por la Pragmática de 1803. Esta forma siguió vigente tras la Ley de 20 de junio de 1862, aún a pesar de que aludía solamente a los matrimonios sin mencionar los esponsales, debido a que la finalidad de dicho extremo era la admisibilidad de las demandas de esponsales en los Tribunales eclesiásticos.

Sin embargo, no han faltado autores<sup>409</sup> que han sostenido que por escritura pública también se debe entender la declaración solemne que las partes realizan ante el Párroco -acto conocido como exploró o toma de dichos- y, no solo el instrumento público otorgado por Notario o escribano.

## 2. LOS EFECTOS DE LOS ESPONSALES

En este sentido, conviene precisar que aunque el primer efecto se concretaba -tanto las Partidas como en el Fuero Juzgo- en la obligación de contraer matrimonio -obligación que podía estar o no condicionada y fijar o

---

<sup>407</sup> Conforme a la regulación de la Novísima Recopilación, en dicha escritura debía constar, el libre y mutuo consentimiento de las partes -con edad suficiente para prestarlo-, el consentimiento paterno o de las personas que debían suplirlo y, el consentimiento especial requerido por determinadas personas en función de su condición. Cfr., Leyes XVIII, XVII, XIII, XII, XI, del Título II, del Libro X de la Novísima recopilación y, Ley VI, Título I, Partida IV.

<sup>408</sup> En este sentido, VICENTE Y CARAVANTES, José (en *Tratado de los Tribunales Eclesiásticos. De los procedimientos que se siguen en esta clase de negocios*, Madrid, 1853, p. 492) sostiene que «cuando el Juez eclesiástico no admitiese la demanda de esponsales que se presentase arreglada conforme a derecho, o cuando la diere curso, a pesar de no estar arreglada a lo que prescriben las leyes y la pragmática de 1803, se pide la reposición del auto de negativa y si insiste el juez se entabla el recurso de fuerza correspondiente».

<sup>409</sup> Vid., CARBONERO Y SOL, León: *Tratado Teórico-Práctico del Matrimonio, de sus impedimentos y dispensas*, T. I, Sevilla, 1864, pp. 4-5.

no en el momento de los esponsales el plazo o término-, lo cierto es que en caso de incumplimiento con *justa causa*, dicha obligación cesaba.

En este sentido, en la parte inicial de la Ley VII, con la finalidad de que el promitente cumpliera su palabra de casamiento -cuando transcurrido el tiempo el matrimonio no había sido contraído y, siempre que la novia permaneciese en el deseo de que la promesa se llevase a término- se recoge su realización por los Obispos y, en líneas posteriores, se añade que hasta que cumpliera la promesa el apremio se debía hacer por Sentencia de la Iglesia<sup>410</sup>.

Asimismo, contraídos los esponsales en edad legítima, si alguna de las partes rehusaba a su cumplimiento -sin justa causa- debía ser instado por censuras, aunque con posterioridad hubiese contraído nupcias con tercera persona, puesto que debía cumplir con la primera mujer y casarse con ella, salvo que optase por indemnizar al reclamante y permanecer soltero mientras el otro contrayente no contrajese nupcias<sup>411</sup>.

En suma, los esponsales se configuraban como un impedimento impediendo, debido a que la persona que se encontraba dispuesta a cumplir

---

<sup>410</sup> Ley VII. *Quién ha poder de apremiar á los desposados que cumplan el casamiento, et en qué manera debe ser fecha esta premia:* «-Apremiar pueden los obispos ó aquellos que tienen sus logares á los desposados que cumplan el casamiento: et esto serie quando el uno de los desposados quisiese departir el casamiento et el otro lo quisiese cumplir; ca entonce deben apremiar á aquel que quiere el departimiento qué cumpla el matrimonio; ca los que prometen que casarán uno con otro tenudos son de lo cumplir, fueras ende si alguno dellos posiese ante si alguna excusa derecha atal que debiese valer: et si tal excusa non hobiese, puédenlo apremiar por sentencia de santa iglesia fasta que lo cumplir el casamiento, si se desposase otra vez, debe ser apremiado que torne á cumplir el primer desposorio: et esto se entiende de los que son de edat quando se desposan: et esta premia debe ser fecha por sentencia de la santa elesia» (ALFONSO X, *Las siete partidas del Rey...*, 1807, *op. cit.*, p. 7).

<sup>411</sup> En este sentido, GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel (en *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, T. I, Madrid, 1855, 5ª. ed., p. 215), dicen que «en Cataluña, en la Ley IV, del Título I, del Libro V de los Usatjes, se establecía que si en los esponsales de futuro se hubiese pactado pena, ésta se debía adjudicar al que quería guardar el pacto cuando el contrario se separase de él. No obstante, como norma general y, en *pro* del principio de libertad de consentimiento al matrimonio, dicha pena estipulada no se exigía».

con la promesa, podía mientras permaneciera soltera, impedir a la otra parte contraer matrimonio.

Por otra parte, y sin querer hacer sino este mínimo apunte, conviene precisar, de una parte, que esta Ley contenida en las Partidas es una copia exacta de la Decretal del Papa Alejandro III<sup>412</sup> inserta en las de Gregorio IX, pero mitigada por otra posterior del Papa Lucio III<sup>413</sup> –inserta también en el mismo Código- donde se aboga a favor de la libertad de los matrimonios y felicidad de los cónyuges; De otra, aunque rechaza en caso de resistencia de los esposos que éstos sean obligados a contraer nupcias, siendo suficiente con su amonestación<sup>414</sup>, lo cierto es que en caso de que las amonestaciones fuesen infructuosas y existiesen causas de gravedad, no había inconveniente en que se utilizasen los medios coactivos -censuras y negación por el Juez eclesiástico de la licencia para contraer matrimonio con persona distinta-. Y, finalmente, el Juez secular podía condenar al esposo a indemnizar a la esposa de los daños causados y a perder las donaciones y arras dadas o restituir al doble las recibidas<sup>415</sup>, debido a que estos medios eran los únicos de que se podían valer los Tribunales, al disponer la Ley XVIII, del Título II, del Libro X de la Novísima Recopilación que, en las demandas de esponsales se proceda en ellas como asuntos puramente civiles<sup>416</sup>.

---

<sup>412</sup> Capítulo X. *De sponsalibus*, de las Decretales. Esta Decretal expedida en 1180, fue dirigida al obispo francés de Poitiers, con la que se le previene que amoneste al esposo remitente y, en ésta se añade que «et si non acquieverit monitis, Ecclesiasticis censuris compellas, ut ipsam misis rationabilis causa obstiterit, in uxorem recipiat, et maritali affectione pertractet» (BENITO GOLMAYO, *Instituciones...*, 1859, *op. cit.*, p. 40).

<sup>413</sup> Capítulo XVII. *De sponsalibus*, de las Decretales. Esta Decretal expedida en 1181, previene por el contrario, que solamente se les amoneste dando la razón siguiente: «cum libera debeant ese matrimonia, momenda est polius quam cogenda, cum coactiones difficiles soleant exitus haberes» (Ibídem).

<sup>414</sup> La contradicción planteada por ambas Decretales –recogidas por un mismo compilador y publicadas por Gregorio IX- se salvaron en la siguiente forma: «que el Juez eclesiástico obligase aun con censuras a contraer matrimonio, cuando la resistencia no fuese obstinada ni se temiese de esta unión, un tanto forzada, funestos resultados; si por el contrario, la repugnancia al matrimonio fuese muy extremada, y se temiese que había de ser causa de disgustos graves y duraderos, en tal caso que únicamente se les amonestase para evitar mayores males» (Ibídem). *Vid.*, también, ESCRICHE, *Diccionario razonado...*, *op. cit.*, p. 736

<sup>415</sup> *Vid.*, Ley 84, Título VIII, Partida III y, Ley I, Título XI, Partida IV.

<sup>416</sup> *Vid.*, DEL VISO, *op. cit.*, p. 74.

En suma, los esponsales se configuran como un contrato civil válido que imponía la obligación de cumplir lo pactado en éste -es decir, la obligación de contraer el matrimonio y el derecho a exigir su cumplimiento-, de modo que la parte que con su negativa rehusase cumplir dicha obligación podía ser demandada por la otra, solventándose este procedimiento ante los Tribunales eclesiásticos<sup>417</sup>.

La admisibilidad de la demanda requería del consentimiento o licencia que debía ser prestada por los obligados a ello. Así, en el artículo 16<sup>418</sup> de la Pragmática de Carlos III, se dispone la exigencia del consentimiento familiar -por escrito o de palabra-, dirigido al Juez Eclesiástico y ante Notario<sup>419</sup>, firmado por éstos y por el autorizante o, en su defecto, la licencia judicial -que requería de la Sentencia ejecutoria, no siendo suficiente con la Sentencia pronunciada contra los padres sobre la irracionalidad del disenso<sup>420</sup>-. Quedando la prueba testifical excluida.

Los supuestos de suspensión del procedimiento se concretaban en la inexistencia de Licencia Real en caso de su exigibilidad<sup>421</sup> y, la pendencia de

---

<sup>417</sup> Vid., GARCÍA GOYENA y AGUIRRE, *op. cit.*, p. 55; DE ELIZONDO, *Práctica Universal Forense...*, 1789, Cap. XVI, nn. 1 y 5, *op. cit.*, pp. 212- 214.

<sup>418</sup> Libro X; Título II: *De los esponsales y matrimonios; y sus dispensas*, Ley IX: *Consentimiento paterno para la contracción de esponsales y matrimonio por los hijos de familia* (vid., *Novísima Recopilación...*, *op. cit.*, p. 14).

<sup>419</sup> Vid., DE ELIZONDO, *Práctica Universal Forense...*, 1789, Cap. XVI, nn. 8, *op. cit.*, pp. 222-223 y, RR. Cédulas de 1 de febrero de 1785 y, de 18 de septiembre de 1788, contenidas -respectivamente- en el Título II, del Libro X de la Novísima recopilación; Leyes XV: *Cumplimiento de la antecedente cédula por los Tribunales y Justicias; y modo de executar los depósitos voluntarios de las hijas de familia* y, XVII: *Consentimiento que deben pedir los hijos de familia para sus esponsales y matrimonios* (vid., *Novísima Recopilación...*, *op. cit.*, p. 17).

<sup>420</sup> Vid., DE ELIZONDO, *Práctica Universal Forense...*, 1789, Cap. XVIII, n. 1, *op. cit.*, pp. 239-240.

<sup>421</sup> En este sentido, DE ELIZONDO, pone de manifiesto que «los Tribunales Eclesiásticos debían repeler de oficio todas aquellas demandas de esponsales de hijos de familia -en general- que no fuesen acompañadas del asenso paterno, o el suplemento judicial del irracional disenso» (*Práctica Universal Forense...*, 1789, Cap. XVIII, n. 10, *op. cit.*, p. 245). En idéntico sentido, R. Cédulas de 31 de agosto de 1784 y, de 28 de octubre de 1784, contenidas -respectivamente- en las Leyes XII y XIII, del Título II, del Libro X, artículo 16 (vid., *Novísima Recopilación...*, *op. cit.*, pp. 15-16).

procedimiento de dispensa e impedimentos ante el Juez Eclesiástico o de cumplimiento de otros esponsales –esta última al margen de las licencias-<sup>422</sup>.

Por otra parte, el inicio del procedimiento requería de la demanda de esponsales y, la prueba testifical del incumplimiento –sin audiencia del demandado-. En caso de que el demandado fuese varón, se expedía mandamiento de prisión y embargo de bienes<sup>423</sup>. Si era mujer, el procedimiento comportaba su secuestro y depósito<sup>424</sup>, lo que degeneró en práctica de estilo en todos los supuestos en que se reclamara de la mujer el cumplimiento del compromiso, incluso con anterioridad a que el Tribunal Eclesiástico recabara el certificado del consentimiento –paterno- o la calificación de la irracionalidad del disenso paterno<sup>425</sup>.

En suma, estas diligencias que podían derivar en la detención y multa de los padres que se opusiesen a ellas, se convierten –innegablemente- en un modo de forzar el consentimiento paterno<sup>426</sup>.

Con las Reales Cédulas de 1 de febrero de 1785 y, de 18 de septiembre de 1788 que forman las Leyes XV y XVII, del Título II, del Libro X de la Novísima Recopilación, de una parte, esta situación finaliza, debido a la insistencia que en éstas se realizó sobre la necesidad del carácter previo de la presentación de la licencia paterna o declaración judicial de irracionalidad del disenso; De otra, se dejan vigentes las extracciones necesarias, cuando tras la presentación de dichos requisitos «tratasen los padres de familia,

---

<sup>422</sup> Vid., DE ELIZONDO, *Práctica Universal Forense...*, 1789, Cap. XVIII, n. 8, *op. cit.*, pp. 243-244.

<sup>423</sup> En este sentido, DE ELIZONDO, dice que «regularmente tiene la primera noticia del suceso al verse capturado», y señala en capítulos posteriores el contraste entre la eficacia de la demanda y la mera admonición o censura que acompañaba a la sentencia» (*Práctica Universal Forense...*, 1789, Cap. XV, nn. 9 y 11, *op. cit.*, pp. 215-216).

<sup>424</sup> Estas medidas son criticadas por DE ELIZONDO, *Práctica Universal Forense...*, 1789, Cap. XV, nn. 15 y 17, *op. cit.*, pp. 217-218.

<sup>425</sup> Vid., DE ELIZONDO, *Práctica Universal Forense...*, 1789, Cap. XVI, nn. 10 y 11, *op. cit.*, pp. 224-225.

<sup>426</sup> Vid., DE ELIZONDO, *Práctica Universal Forense...*, 1789, Cap. XVI, n. 9, *op. cit.*, p. 223.

tutores o parientes a sus hijas con aspereza o rigor obligándolas por otros medios a variar injustamente la voluntad con abandono de la fe empeñada y consentida por aquellos o suplía por el Magistrado»<sup>427</sup>. Finalmente, con la Real Orden de 30 de septiembre de 1785 que forma la Ley XVI, del Título II, del Libro X de la Novísima Recopilación, se matiza que el depósito -cuando se tratara del cumplimiento de esponsales- solamente podía ser decretado por la Jurisdicción eclesiástica, dejando al arbitrio de la Jurisdicción Real lo concerniente al disenso irracional.

En este sentido, BADOSA COLL<sup>428</sup>, dice que el depósito únicamente se debía dictar en el supuesto de que el Juez temiera presiones que impidieran la libre decisión de la mujer. Depósito que podía ser decidido de oficio o a instancia de parte, haciéndose en Monasterio o casas de igual rango que la de la mujer depositada con prohibición de comunicarse con el demandante.

Asimismo, los medios de sanción sobre la parte que se negase a cumplir el compromiso, podían ser de orden espiritual o material<sup>429</sup>. Dentro de la sanción espiritual se encontraban incluidas las censuras y amonestaciones que no debían eliminar la libertad matrimonial, siendo la censura principal la excomunión temporal<sup>430</sup>, mientras que la sanción material se realizaba mediante la pena de cárcel y el secuestro de bienes. Esta sanción se apoyaba en el principio para la ejecución forzosa de las obligaciones de hacer. Concretamente es en la Partida III; Título XXVII: *Como los juyzios deuen fer cumplidos*:

*Ley V. Falta quanto tiempo debe fer cumplido el juyzio que fuere dado contra alguno: «[...] E si la sentencia fuesse dada contra el*

---

<sup>427</sup> DE ELIZONDO, *Práctica Universal Forense...*, 1789, Cap. XVI, n.13, *op. cit.*, p. 226.

<sup>428</sup> «Comentarios a los artículos...», 1984, *op. cit.*, p. 105.

<sup>429</sup> Así se desprende de la Partida IV, Título I, Ley VII. También, en idéntico sentido se pronunciaban las Decretales contenidas en el Libro IV, Título I, Capítulos X y XVII (*vid.*, GREGORII PAPAE IX, *op. cit.*, pp. 1303) y, *vid.*, DE ELIZONDO, *Práctica Universal Forense...*, 1789, Cap. XX, nn. 3 y ss., *op. cit.*, pp. 251 y ss. Capítulo referido a los medios graduales de compulsión á los esposos renuentes á cumplir la sentencia de casamiento.

<sup>430</sup> *Vid.*, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1984, *op. cit.*, p. 105.



demandado en razón de alguna cosa que deviese fazer develo apremiar que la faga assi como fue puesto o lo prometió»<sup>431</sup>.

Por cuanto atañe a la virtualidad de la sanción DE ELIZONDO, dice que «la experiencia de muchos negocios antiguos, que hemos procurado adquirir por una fiel noticia de ellos, nos ha enseñado, que el demandado por esponsales guardaba necesariamente carcelería, y aun en ciertas Curias había una cadena llamada de los novios, que debían sufrir hasta ejecutoriarse por tres sentencias conformes la causa; y lo que es mas después de vencido, interino se prestase al casamiento, sacándole, quando accedia á ello al patio, ó á las puertas de la cárcel sin grillos algunos, para que se dixera contraía en plena liberta, celebrándose allí los matrimonios». Y, respecto al tiempo de cárcel este mismo autor pone de manifiesto que pendía del prudente arbitrio judicial, sin que el tiempo pudiera exceder de tres años «pues entonces ya induce un consentimiento forzado»<sup>432</sup>.

Por otra parte, aunque la coartación que suponía esta pena de cárcel a la libertad de matrimonio, originó la recomendación de su abolición y la limitación de la sanción a las penas previstas por la Iglesia<sup>433</sup>, lo cierto es que la efectiva supresión de esta pena se realizó con la Pragmática de Carlos IV de 1803, al establecer que en las demandas de esponsales «se procederá en ellas no como asuntos criminales o mixtos sino como puramente civiles». Se sustituye la pena de cárcel por la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento de la promesa y, la pérdida o duplicación de arras<sup>434</sup>.

---

<sup>431</sup> ALFONSO X: *La tercera partida*, Madrid, 1611, p. 155.

<sup>432</sup> *Práctica Universal Forense...*, 1789, Cap. XX, n. 12, *op. cit.*, pp. 257-258 y, Cap. XVI, n. 13, *op. cit.*, p. 258. También, *vid.*, la Decisión de la Rota Romana de 21 de febrero de 1718.

<sup>433</sup> *Vid.*, GARCÍA GOYENA y AGUIRRE, *op. cit.*, p. 56; DE ELIZONDO, *Práctica Universal Forense...*, 1789, Cap. XX, n. 16, *op. cit.*, pp. 259-260.

<sup>434</sup> En idéntico sentido, DE ELIZONDO, dice que «el esposo renuente á cumplir la fe prometida, puede ser demandado por la esposa ante el Juez Real por los daños, é intereses [...]» (*Práctica Universal Forense...*, 1789, Cap. XX, n. 18, *op. cit.*, pp. 260-261) y, *vid.*, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1984, *op. cit.*, p. 106; SOCIEDAD DE ABOGADOS, *op. cit.*, p. 25.

El segundo de los efectos de los esponsales fue la creación de dos impedimentos: el impediendo, que imposibilitaba la realización del matrimonio, es decir, que la persona que se encontraba dispuesta a cumplir la promesa de matrimonio podía mientras permaneciese soltera impedir a la otra parte contraer nupcias y, el dirimente de pública honestidad o cuasiafinidad entre uno de los esposos y los parientes del otro para un posterior matrimonio, por tanto, no podían antiguamente casarse ni los de la esposa con el esposo, ni los de éste con aquélla.

Este segundo impedimento que tenía lugar aunque los esponsales fuesen nulos, fue suprimido por el Concilio de Trento en caso de que existiese alguna nulidad en los esponsales y, reducido al primer grado cuando los esponsales se hubiesen contraído de forma válida. Por tanto, con el Tridentino este impedimento requiere de esponsales válidos, reduciéndose del cuarto al primer grado, aunque no se hubiese contraído el matrimonio<sup>435</sup>.

### 3. CAUSAS DE DISOLUCIÓN DE LOS ESPONSALES

En este periodo las causas que disolvían los esponsales eran abiertas y no taxativas, debido a que en contraste con el matrimonio, los esponsales se encontraban presididos por el principio de disolubilidad –incluso los acompañados de juramento–.

Nueve fueron las causas proporcionadas por la Ley VIII, del Título I, de la Partida IV<sup>436</sup>. Son:

1. Por mutuo disenso de las partes, aunque se hubiesen realizado por juramento, debido a que éste no cambiaba la naturaleza del contrato –en

---

<sup>435</sup> *Vid.*, CARBONERO Y SOL, *op. cit.*, p. 15; ROMERO Y GINZO, *op. cit.*, p. 68; DEL VISO, *op. cit.*, p. 75; MATA, Pedro: *Tratado de Medicina y cirugía legal*, T. 1, Madrid, 1857, 3.<sup>a</sup> ed., p. 229; VICENTE Y CARAVANTES, José: *Tratado de los Procedimientos en los Juzgados Militares*, Madrid, 1853, p. 490.

<sup>436</sup> *Vid.*, ALFONSO X, *Las siete partidas del Rey...*, 1807, *op. cit.*, pp. 7-9.

caso de que el pacto se hubiese realizado mediante escritura, debía constar del mismo modo su rescisión-,

2. Por haber contraído matrimonio –esponsales de presente- una de las partes con persona distinta. Supuesto en el que la parte abandonada quedaba libre -para siempre- de toda obligación, mientras que la otra únicamente quedaba libre durante el matrimonio contraído, originándose tras su disolución la obligación de cumplir con su primera palabra si la parte abandonada consentía,

3. Por haber entrado y profesado alguno de ellos en religión,

4. Por deformidad que hubiese contraído, enfermedad contagiosa, o variación de fortuna –se entiende en este caso desecha la obligación de parte del que no había experimentado ninguna de ellas-,

5. Por unirse carnalmente uno de los prometidos con algún pariente del otro,

6. Por la ausencia de uno de los cónyuges, cuando no se volviese a saber su paradero, sin embargo, la otra parte debía esperarlo por un periodo de tres años y, si a pesar de la espera no aparecía, podía entonces contraer nupcias libremente,

7. Por desposarse una de las partes sin tener la edad que otorga la capacidad para celebrar este acto,

8. Por raptó de la prometida por tercera persona. Supuesto en el que el esposo quedaba excusado de la obligación de contraer nupcias, ya que aún a pesar de que la prometida no fuese culpable, cabía la posibilidad de que aportase prole ajena al matrimonio, además de que ésta posiblemente había sufrido un cambio en su persona y,

9. Por infidelidad. Causa justificada en que en las Partidas ni se puede soportar el adulterio entre los cónyuges, ni es admisible el realizado entre los prometidos.

De lo anterior, conviene precisar que el contrato esponsalicio era anulado *ipso facto* –únicamente- en caso de que uno de los esposos entrara en orden religiosa; se casara por palabras de presente o de futuro o, se uniera carnalmente. Fuera de estos supuestos, la Ley –incluso en el caso de mutuo disenso- decía que los esponsales debían ser invalidados por juicio de la Santa iglesia<sup>437</sup>.

A las anteriores, la doctrina<sup>438</sup> añadió, entre otras, la oposición de los progenitores; la disparidad de nacimientos o, el crimen infamante cometido por el otro contrayente. Esto confirma la potestad atribuida a los Tribunales eclesiásticos de apreciar –fuera de estas causas- las propuestas por los esposos, procediendo a la disolución de los esponsales –en caso de ser razonables- sin la necesidad de utilizar medios de coacción.

En suma, las causas de disolución de los esponsales en los Tribunales eclesiásticos quedaban al arbitrio judicial<sup>439</sup>.

En definitiva, los esponsales se podían contraer a la edad de siete años y, por medio de procurador –cuyo poder carecía de valor en caso de ser revocado antes de la celebración de éstos-; su validez requería del previo consentimiento o licencia del padre o de los obligados a prestarlo –Ley XVIII de la Novísima Recopilación- y por escritura pública -no originando impedimento alguno la falta de la primera (Ley XVII de la Novísima Recopilación)-; las causas de disenso aunque no acarreaban obligatoriedad

---

<sup>437</sup> GREGORIO LÓPEZ, dice en su Glosa a las Partidas, que tal era la doctrina de Juan Andrés el Panormitano y de Tancredo, que el que contrajera matrimonio sin tal juicio de la Iglesia pecaría mortalmente, a no ser causa notoria suficiente, en cuyo caso podría dar por disuelto los esponsales y contraer matrimonio sin aguardar el juicio o fallo del tribunal eclesiástico -Ley 8: *Quién ha poder de apremiar á los desposaos que cumplan el casamiento, et en qué manera debe ser fecha esta premia*; Título I: *De los desposorios*; Partida 4- (vid., ALFONSO X: *Las siete partidas del Sabio Rey don Alfonso el IX, con las variantes más interés, y con la glosa del Lic. Gregorio LÓPEZ, del Consejo real de Indias, de S. M.*, 4 tomos, Ignacio SAPONT Y BARBA, Ramón MARTÍ DE EIXALÁ y José FERRER Y SUBIRANA, ed. Barcelona: Imprenta de Antonio Bergnes, 1843, p. 918).

<sup>438</sup> Vid., DE ELIZONDO, *Práctica Universal Forense...*, 1789, Cap. IX, n. 4, *op. cit.*, p. 125.

<sup>439</sup> Vid., DEL VISO, *op. cit.*, p. 76; BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1984, *op. cit.*, p. 106.

en su manifestación ni a los padres ni a los demás, se permitía el recurso a Su Majestad por algunas personas y a los jefes políticos por otras; la falta de consentimiento a la celebración de los esponsales o matrimonio acarrearía al menor de 25 años la pena de desheredación –pero no la privación de alimentos- y, finalmente, se podían disolver por las causas expresadas en la Ley VIII, del Título I, de la Partida IV.

#### **4. LA PERMANENCIA DE LAS DONACIONES ESPONSALICIAS: LA LEY 52 DE TORO Y SU POSTERIOR REGULACIÓN EN LA NOVÍSIMA RECOMPILACIÓN**

Como ya se ha anunciado, en la devolución de las donaciones esponsalicias realizadas entre los prometidos para el supuesto de fallecimiento de una de las partes rigen los principios de procedencia romana ya mencionados en la Ley V, del Título I, del Libro III del Fuero Juzgo.

Estos principios recogidos en el Fuero Viejo de Castilla, se plasman con algunas modificaciones, debido a que al beso y al abrazo esponsalicio se les dieron mayores efectos jurídicos que los señalados por la Ley Constantiniana, las del Fuero Juzgo, del Fuero Real y Partidas, puesto que según estos Cuerpos Legales, la esposa debía restituir la mitad y, conforme al Fuero viejo no estaba obligada a restituir nada. Por otra parte, mientras que dichas Leyes se referían al caso de fallecimiento de una de las partes, ésta se refiere al supuesto en el que viviendo ambos, el matrimonio no se llegase a efectuar por otros motivos.

Esta figura también se encuentra recogida en el Fuero Real, pero en este Cuerpo Legal aunque se confirma lo estipulado por el Fuero Juzgo, lo cierto es que el término «arras», es sustituido por el de «donas», hasta llegar a las Partidas, las cuales adoptaron la misma disposición establecida por la Ley de Constantino. Con posterioridad, continuaron en la Ley 52 de Toro - Ley que fue transcrita en la Recopilada de donde paso a la Novísima Recopilación-.

En las Partidas, esta figura se encuentra recogida en la Ley III<sup>440</sup>, del Título XI, de la Partida IV. Si bien, y de conformidad con esta Ley, en caso de fallecimiento del novio si hubiese mediado beso, la novia hacía suyos la mitad de los regalos recibidos por aquél, mientras que si fallecía la esposa, los regalos realizados al esposo debían ser para a los herederos de ella - aunque hubiese mediado beso-.

Esta diferencia radica como DÍAZ AMBRONA aclara en que «mientras que el esposo no pierde nada por recibir el beso, en la mujer, se produce un menoscabo de su virginidad y pureza en el concepto de gentes». Consecuencias jurídicas que requerían que el beso se diese de forma solemne en el mismo acto de contraer esponsales, puesto que en caso contrario, el beso era de personas libres y reprochables.

En la Ley 52 de Toro, esta costumbre que siguió vigente aclara que en caso de fallecimiento del esposo con anterioridad a la celebración de las nupcias, el destino de estas donaciones variaba según hubiese mediado o no beso a la esposa, correspondiendo a ésta en el primer caso la mitad de ellas y, perdiéndolas de forma íntegra en el segundo.

Asimismo, esta Ley que se separa del Derecho vigente durante XIII siglos, debido a que hace referencia a la esposa que ha contraído esponsales

---

<sup>440</sup> Ley III. *De la donación que face el esposo á la esposa ó ella á él, así como de joyas ó de otras cosas*: «-Sponsalitia largitas en latin tanto quiere decir en romance como don que da el esposo á la esposa ó ella á él francamente sin condición, ante que el matrimonio sea cumplido por palabras de presente. Et como quier que tal don como este se dé sin condición; pero siempre se entiende quel debe tornar aquel quel rescibe, si por culpa finca que el matrimonio non se compliese moriéndose ante alguno dellos, en tal caso commo este ha departimiento; ca si muere el esposo que fizo el don ante que besase á la esposa, debe ser tornada la cosa quel fue dada por tal donadío como este á sus herederos del finado; mas si la hobiese besada, non les debe tornar fueras la meytad, et la otra meytad debe fincar á la esposa. Et si acaesciese que la esposa feciese don á su esposo, que es cosa que pocas vegadas aviene, porque son las mujeres naturalmente cobiciosas et avariciosas, et se moriese ella ante que el matrimonio fuese acabado, entonce en tal caso como este, quier se hayan besao ante ó non, deben tornar la cosa dada á los herederos de la esposa. Et la razón por que se movieron los sabios antiguos en dar departidos juicios sobre estos donadíos, es esta: porque la esposa da el beso al su esposo, et non se entiende que lo rescibe dél: et otrosi quando rescibe el beso, ha ende placer et es alegre, et la esposa finca como envergoñada» (ALFONSO X: *Las siete partidas del Rey...*, 1807, *op. cit.*, pp. 64-65).

de futuro -como lo hacían el resto de leyes anteriores- y, a la que los hace de presente, no adopta la regla del Fuero Juzgo por la que la esposa mediando ósculo retiene todo lo donado, sino que ordena que ésta restituya la mitad, siguiendo al resto de Leyes que desde CONSTANTINO se habían sucedido.

En la Ley 52, concretamente, se recogió:

«Cualquier esposa, ora de presente, ora sea de futuro, suelto el matrimonio, gane si el esposo la oviere besado, la meytad de todo lo que el esposo le oviere dado, antes de consumido el matrimonio, ora sea precioso ó no, y si no la oviere besado, no gane nada de lo que le oviere dado, y tórnese á los herederos del esposo [...]»<sup>441</sup>

Esta disposición que pasará a ser la Ley 3ª, del Título 3º, del Libro 10 de la Novísima Recopilación, se presentó en los siguientes términos:

«Ley III. Ley 52 de Toro. *Modo de adquirir las arras disuelto el matrimonio en vida ó por muerte de alguno de los desposados.* Cualquier esposa, ora de presente, ora sea de futuro, suelto el matrimonio, gane si el esposo la oviere besado, la meytad de todo lo que el esposo le oviere dado, antes de consumido el matrimonio, ora sea precioso ó no, y si no la oviere besado, no gane nada de lo que le oviere dado, y tórnese á los herederos del esposo [...]».

En definitiva, con esta Ley fruto de la reforma de la Nueva Recopilación -publicada por Felipe II en el año 1567- realizada por Carlos IV en el año 1803 en la que se incluía el Derecho real vigente hasta esa fecha, se aclara -al igual que lo hiciera anteriormente la Ley 52 de Toro- el destino que debían asumir las donaciones esponsalicias realizadas entre las partes en función de que hubiese mediado o no beso entre éstos.

---

<sup>441</sup> DE LLAMAS MOLINA, Sancho: *Comentario Crítico-Jurídico-Literal de las ochenta y tres Leyes de Toro*, T. I, Madrid, 1827, p. 150.

## VI. LA INFLUENCIA DE LA PRAGMÁTICA DE CARLOS IV DE 1803 EN LA LEGISLACIÓN CANÓNICA

Con la Pragmática de 1803, Carlos IV dictó un Decreto –inserto en la Novísima Recopilación- que prohibía a los Tribunales eclesiásticos y seculares admitir demandas si no habían sido prometidos en escritura pública.

Esta Pragmática que supuso una injerencia del poder civil en asuntos de carácter eclesiástico, originó que los Prelados solicitasen su nulidad<sup>442</sup>, debido a que esta disposición suponía una atribución ilícita de facultades. Sin embargo, la falta de eficacia procesal que suponía quebrantar lo ordenado por Carlos IV y, la problemática que con aquella disposición se solventaba -ya que respondía a una necesidad sentida-, justificó que en España se observara lo preceptuado por aquél y, que los Tribunales eclesiásticos repudiasen en juicio demandas de esponsales privados que no cumpliesen con dicho extremo.

Por otra parte, esta práctica que se haría costumbre -aún a pesar de que los esponsales celebrados en escritura pública no tenían validez para el Derecho Canónico-, adquirió estado legal y, fue reconocida por la Iglesia mediante una Resolución de la Sagrada Congregación del Concilio de 31 de enero de 1880, con motivo del caso de la Diócesis de Plasencia. Resolución -*in Placentina*- que supuso declarar en España nulos los esponsales contraídos sin escritura pública. Práctica que fue concedida únicamente para España en 1880 y, que sería extendida por León XIII -el 1 de enero de 1900- a las tierras de Hispanoamérica a petición de los Obispos del Concilio Plenario de América Latina<sup>443</sup>.

---

<sup>442</sup> *Vid.*, FERRERES, Juan Bautista: *Los esponsales y el matrimonio (según la novísima disciplina)*, Madrid, 1911, p. 36.

<sup>443</sup> Este Concilio tuvo lugar en Roma durante el año anterior -1889- y, en el mismo los Obispos de América Latina solicitaron a la Santa Sede la aplicación de dicha medida española a su país, siendo concedida dicha petición por León XIII.



De lo anterior se sigue que, fuera de la solución española, la disciplina común de los esponsales seguía siendo la tradicional. Por tanto, será el 2 de agosto de 1907, cuando Pío X en el famoso Decreto *Ne temeré*<sup>444</sup> -de aplicación universal a toda la Iglesia- declare válidos y capaces de surtir efectos canónicos únicamente a aquellos esponsales realizados por escrito y firmados por las partes, además de por párroco u ordinario del lugar y, al menos por dos testigos. Además, este Decreto preveía en caso de que no supiesen firmar ambos o uno solo de los contrayentes, que dicho extremo constase en la propia escritura, debiendo añadirse otro testigo, con la finalidad de que firmara en nombre de aquél, de forma conjunta, con el párroco y demás implicados al acto.

En suma, con este Decreto los esponsales quedan revestidos de carácter formal, debido a que su validez requiere del cumplimiento de determinados requisitos, no siendo necesario el otorgamiento en instrumento público. Los esponsales de carácter privado son abrogados para la Iglesia universal -en el fuero interno y en el externo-, no derivándose efecto alguno de su incumplimiento. Solo los públicos quedan con su validez fundamental.

Por su parte, el Código de Derecho Canónico 1917 -en adelante *Codex-17*- promulgado por el Papa BENEDICTO XV, en su canon 1.017<sup>445</sup> reproduce el texto del Decreto *Ne temeré* sobre la exigencia de forma escrita para su validez, por lo que ésta será la regulación que prevalezca en la Iglesia latina.

---

<sup>444</sup> Este Decreto sería admitido como Ley del Reino en España, por R. D. de 9 de enero de 1908, Boletín Jurídico-Administrativo, Martínez Alcubilla. Apéndice de 1908 al Diccionario de la Administración Española, pp. 33-34.

<sup>445</sup> Dicho canon se presentaba en los siguientes términos: § -1. «La promesa de matrimonio, tanto unilateral como la bilateral o esponsalicia, es nula en ambos fueros si no se hace por medio de escritura firmada por las partes y además por el párroco u Ordinario del lugar o, al menos por dos testigos» § -2. «Si una o las dos partes no saben o no pueden escribir, debe hacerse esto en la escritura para su validez, y debe añadirse otro testigo que firme la escritura juntamente con el párroco u Ordinario del lugar o con dos testigos de que se hace mención el parágrafo 1» § -3. «La promesa de matrimonio, aunque sea válida y no haya causa alguna que excuse de cumplirla, no se origina acción para exigir la celebración del matrimonio, pero sí para exigir la reparación de daños, si hay lugar a ella».

Con este canon que omite el término esponsales y, lo sustituye por el de promesa de matrimonio: a) se salvan las dudas originadas desde antaño sobre la terminología utilizada -ya que antiguamente los esponsales se asimilaban al matrimonio-; b) se admite la promesa de matrimonio, tanto unilateral como bilateral; c) se considera nula la promesa no realizada en escritura y firmada por las partes y demás sujetos necesarios, en ambos fueros y, d) se establece de forma expresa en su párrafo tercero la inexistencia de acción alguna para exigir la celebración del matrimonio, aunque sí prevé la reparación de daños en su caso. De modo que la obligación del resarcimiento de los daños ocasionados a la parte perjudicada y, el pleno reconocimiento -formal- de la libertad matrimonial, también encontraron acogida en el *Codex Iuris Canonici*<sup>446</sup>.

Además, la formalización canónica de la promesa de matrimonio detallada por el *Codex-17* se convierte en una especie de canonización del Código civil, por tanto, con esta doctrina es evidente que se funde sustancialmente la doctrina del Código civil con la del Código de Derecho canónico. Sin embargo, se debe tener presente que la Conferencia Episcopal Española -en adelante CEE- hasta el 1 de enero de 1985, mantuvo las formalidades previstas por el *Codex-17*, por lo que desde esa fecha se habrán de guardar las formalidades civiles del lugar donde la promesa se otorgue<sup>447</sup>. Por ello, serían de aplicación los artículos 42 y 43 del Código civil, debido a que únicamente exigen *certeza* para que la promesa de matrimonio surta efectos, pero no señala formalidad especial para otorgarla, pudiendo ser verbal o escrita.

---

<sup>446</sup> *Vid.*, FERRANDO, Gilda: «La promessa di matrimonio», in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Vol. V, T. I, *Il matrimonio*, diretto da Antonio CICU e Francesco MESSINEO, continuato da Luigi MENGONI, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2002, p. 238; OBERTO, Giacomo: *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, Cedam, Italia, 1996, pp. 71 y ss.

<sup>447</sup> Decreto General del la CEE de 7 de julio de 1984.

Con la reforma realizada del Código de Derecho Canónico en 1983, la materia objeto de análisis se encuentra regulada en el canon 1.062, en los siguientes términos:

§ 1. «La promesa de matrimonio, tanto unilateral como bilateral, a la que se llama esponsales, se rige por el derecho particular que haya establecido la Conferencia Episcopal, teniendo en cuenta las costumbres y las leyes civiles, si las hay».

§ 2. «La promesa de matrimonio no da origen a una acción para pedir la celebración del mismo; pero sí para el resarcimiento de daños, si en algún modo es debido»<sup>448</sup>.

De la lectura del canon 1.062 se observa que oportuno habría sido invertir el orden de los párrafos que lo conforman, debido a que el primero únicamente contiene una norma de remisión -al derecho particular que haya establecido la Conferencia Episcopal-, mientras que el segundo acoge una decisión de carácter normativo que aunque sea de carácter negativo, puesto que excluye la acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio, lo cierto es que prevé la legitimación para solicitar el reconocimiento de daños -si en algún modo es debido-.

Expresión última que, indudablemente, se debe conectar con el párrafo primero del artículo 43 del Código civil y, se debe referir no a una verdadera pretensión de resarcimiento de daños -puesto que aunque la acción para el resarcimiento patrimonial desde el punto de vista del Derecho canónico es considerado como fuero *mixto o cumulativo*, lo que permite su deducción ante la Jurisdicción eclesiástica o la civil, en nuestro caso y, frente al silencio que presentó el Acuerdo sobre asuntos jurídicos con la Santa Sede de 31 de enero de 1979, si la acción ha de tener efectos civiles, exigirá de una

---

<sup>448</sup> Código de Derecho Canónico, de 25 de enero de 1983. Dice el párrafo en cuestión: «Can. 1062, §. -2. Ex matrimonii promissione non datur actio ad petendam matrimonii celebrationem; datur tamen ad reparationem damnorum, si qua debeatur». Sobre esta cuestión, FINOCCHIARO, Francesco (en «Del matrimonio, artt. 79-81», nel *Commentario del codice civile*, a cura di Antonio SCIALOJA e Guiseppe BRANCA, Libro I, *Delle Persone e della Famiglia*, Nicola Zanichelli editore, Bologna-Roma, 1971, p. 68) sostiene que «dentro de este resarcimiento se comprende tanto el daño producido, como el lucro cesante».

resolución ejecutoria del Tribunal estatal, por lo que solo se ejercitará en vía civil la acción para la reclamación de daños-, sino a una pretensión dirigida a hacer efectiva la obligación del que incumplió la promesa de resarcir a la otra parte los gastos hechos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido, puesto que éste es el único efecto que el precepto atribuye al incumplimiento sin causa de la promesa de matrimonio<sup>449</sup>. Este precepto se presenta con el siguiente tenor literal:

«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 las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido»<sup>450</sup>.

Dentro de las características más importantes que presenta el canon 1.062, conviene destacar las siguientes:

a) Refleja las amplias facultades reconocidas a la Conferencia Episcopal, debido a que la promesa de matrimonio se rige por el Derecho particular establecido por ésta, debiendo tener en cuenta las costumbres y Leyes civiles, si las hay. Así en el caso español, la Conferencia Episcopal Española ha acordado otorgar fuerza de Ley canónica a la Legislación civil que regula los esponsales -común o foral-, quedando como BAÑARES<sup>451</sup> dice

---

<sup>449</sup> *Vid.*, URTEAGA EMBIL, José María: «voce Promesa de matrimonio», en *Diccionario de Derecho Canónico*. Carlos CORRAL (dir.), Tecnos, Madrid, 2000, pp. 567-568; FERRANDIS VILELLA, José: «Los esponsales. Consideraciones en torno a la regulación civil y canónica de la promesa de matrimonio», en *Hominum causa omne ius constitutum est: escritos sobre el matrimonio* (Homenaje al Prof. José María DÍAZ MORENO), José María CASTÁN VÁZQUEZ, Cristina GUZMÁN PÉREZ, Teresa María PÉREZ-AGUA LÓPEZ y, José María SÁNCHEZ GARCÍA, (coords.), Madrid, 2000, p. 1220

<sup>450</sup> Este texto es fruto de la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

<sup>451</sup> «Comentario a los cánones 1055-1062», en *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, Vol. III, (obra coordinada y dirigida por A. MARZOA, J. MIRAS y R. RODRÍGUEZ-OCAÑA), Eunsa, Pamplona, 1996, p. 1102.

integra la salvedad del canon 1.290<sup>452</sup>, el cual canoniza en materia contractual privada la Ley civil del territorio, con la salvedad de que sea contraria al Derecho divino o que el Derecho canónico prescriba otra cosa<sup>453</sup>;

b) aunque elimina la exigencia de forma escrita –exigida por el anterior canon 1.017 que sancionaba con nulidad la promesa que no se realizase por medio de escritura firmada por las partes y además por el párroco u Ordinario del lugar o, al menos por dos testigos-, lo cierto es que al diferir su regulación a las CEE éstas podrán establecerla y,

c) reitera que la promesa de matrimonio no genera acción para demandar su celebración, pero admite -cuando proceda- la reparación de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de éste. Por tanto, mantiene los efectos previstos en el párrafo tercero del Codex-17, al seguir éstos vigentes en el párrafo 2 del canon 1.062 del Código Canónico de 1983 y, en consecuencia, al igual que en el Código civil [artículos 42 y 43] la promesa no da origen a acción alguna para pretender el cumplimiento, tan solo el resarcimiento de daños<sup>454</sup>.

En definitiva, el Código civil español no plantea controversias de incompatibilidad en su aplicación si se pretende hacer efectiva en sede canónica la acción de reparación de daños por incumplimiento de la promesa de matrimonio.

---

<sup>452</sup> *Vid.*, el artículo 2 del Decreto General de 21 de noviembre de 1986.

<sup>453</sup> PRIETO GONZÁLEZ, añade que «con ello se hace un reconocimiento tardío del alcance profundamente laico de la institución» (*op. cit.*, p. 422) y, *vid.*, DE DIEGO-LORA, Carmelo y RODRÍGUEZ-OCAÑA, Rafael: *Lecciones de Derecho Procesal Canónico, Parte General*, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2004, p. 77; GARCÍA GARATE, Alfredo: *El matrimonio canónico en su dimensión sustantiva y procesal*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 110.

<sup>454</sup> *Vid.*, GARCÍA GARATE, *op. cit.*, p. 110; DE DIEGO-LORA y RODRÍGUEZ-OCAÑA, *op. cit.*, p. 77; FERRÁNDIS VILELLA, *op. cit.*, p. 1227.

## VII. ELS USATGES DE BARCELONA I ELS FURS VALENCIANS

### 1. LES ESPOSALLES EN ELS USATGES DE BARCELONA I EN ELS FURS DE VALÈNCIA

En los Usatges no se ha encontrado referencia alguna a los esposalles - *espòlii* o *espoli*<sup>455</sup>-, debido a su configuración como Derecho consuetudinario<sup>456</sup> –así configurado durante Siglos- y no como Derecho escrito, mientras que en los Furs Valencianos, se establece una clásica distinción entre los esponsales –esposalles- y el matrimonio.

En este sentido, se precisa que los esponsales eran el precontrato o promesa de matrimonio previo a las nupcias, en los que podían intervenir – como en otros contratos- arras confirmatorias.

Si bien, estas arras que eran perdidas por el esposo que incumplía la obligación de contraer matrimonio, podían ser restituidas en caso de que el matrimonio no se pudiese celebrar a causa del fallecimiento de cualquiera de las partes, mientras que las esposallas quedaban sin efecto. Asimismo, también eran perdidas en el supuesto de no celebración de las nupcias por causa de cualquiera de las partes, incluso en caso de que la parte que negase el matrimonio falleciese con posterioridad. Este Fuero que reproduce literalmente una Ley del Código de JUSTINIANO<sup>457</sup>, se encuentra concretamente, en la Ley I, del Libro V, rúbrica I: *De arres e D'esposalles*, del Rey Jaime I:

Iacobus, I, rex. «Si arres seran donades per nom o per rahó d'esposalles e nans que les núpcies sien feites, l'espòs o l'esposa

---

<sup>455</sup> Vid., MARTÍ I CASTELL, Joan: *Estudi lingüístic dels Usatges de Barcelona: el codi a mitjan segle XII*, Curial Edicions Catalanes: Publicacions de l'Abadia de Montserrat, Barcelona, 2002, p. 173.

<sup>456</sup> En este sentido, el REY FERNANDO en la Sentencia Arbitral de 1486, Cap. I, dice que: « [...] e las ditas arcia, e ferma despoli sien per consetuetut introduidas, de les quals segons som informats se ha algunas vegadas feta justitia en lo dit Principat [...]» (BALAGUER, Víctor: *Historia de Cataluña y de la corona de Aragón*, T. III, Librería de Salvador Manero, Barcelona, 1862, p. 800).

<sup>457</sup> Cfr., [C. I. 5, 1, 3 (IMPPP. GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS AAA. EUTROPIO P. P)].

morrà, aqueles coses que són donades per arres sien restituïdes, si doncs aquella persona que serà morta no haurà donada rahó per què les núpces no fossen celebrades o complides»<sup>458</sup>.

Por otra parte, en los Furs Valencianos, también se hace evidente la influencia del Derecho romano en las arras esponsalicias -configuradas como bienes (anillos, joyas o bienes muebles<sup>459</sup>) entregados en garantía de la promesa de matrimonio por el esposo a la novia<sup>460</sup>-, debido a su transformación paulatina en *sponsalitiaie largitates*, en el uso social valenciano.

## 2. LA DESHERETAMENT EN ELS FURS DE VALÈNCIA

En el Fur Valenciano VI-IX-II<sup>461</sup>, aunque se recoge como causa de desheredación el matrimonio contraído por la hija sin el consentimiento del padre o madre y de los dos parientes más próximos de cada línea, lo cierto es que su ausencia no afectaba a la validez de éste.

Exigencia, que con posterioridad, sería extendida por privilegio de Jaume II (en 1332), a los hijos y, a los esponsales<sup>462</sup>.

---

<sup>458</sup> COLÓN, Germà i GARCÍA I SANZ, Arcadi: *Furs de València*, Vol. V, editorial Barcino, Barcelona, 1990, pp. 5-6.

<sup>459</sup> Un fuero del año 1428, en concreto, el Fur IX-XXIX-11 limita su cuantía a 500 sueldos, que son equivalentes a 25 libras (*vid.*, GARCÍA I SANZ, Arcadi: *Institucions de dret civil valencià*, Universitat Jaume I, Castellón, 1996, p. 124).

<sup>460</sup> Sobre esta institución, *vid.*, GARCÍA, Honorio: *Arres*, BSCC, XI, 1930, pp. 340-344; BELDA SOLER, Marie Ángeles: *El régimen matrimonial de bienes en los Furs de València*, Valencia, 1966, pp. 98-100.

<sup>461</sup> «-La filla que anc no hac marit, ni sens consentiment del pare, o si.l pare serà mort, sens consentiment de la mare, pendrà marit, alcun temps lo pare o la mare pusque aquella deseretar. E si aquella deseretaran, los altres frares e los proïxmes succeesquen a ella en sa legítima. Enadeix lo senyor Rey que là on diu ab consentiment de la mare o de dos pus proïxmes parents de part del pare, e de dos pus proïxmes parents de part de la mare; e si la mare maridarà sens consentiment dels dits parents de part del pare e de la mare, que pac la meytat de l'exovar per la filla al marit del seus propri, si ha de què» (COLÓN i GARCÍA I SANZ, *op. cit.*, p. 8).

<sup>462</sup> AO, Jaume II, priv. 106.

### 3. ELS FURS DE VALÈNCIA: LA CLANDESTINIDAD DE LOS ESPONSALES

En los Furs Valencianos, se castigaba -por privilegio de Jaime II- con la pena capital de muerte por decapitación la clandestinidad de los esponsales. Esta pena que era aplicable a la parte que tras formalizar los esponsales, decidía no contraer las nupcias, decepcionando a la otra, sería extensible al que con engaños o fraude hubiese participado en la celebración de los esponsales. Con ello se evitaba que el cónyuge obtuviese el consentimiento paterno -así se confirma por diferentes Fueros<sup>463</sup>-.

Dicho Precepto sería ampliado a todas las villas reales<sup>464</sup> por otro Fur del Reino de Valencia de 1342 y, posteriormente dicha norma sería completada por otra de Alfonso III de 1418, haciéndose extensible a todo el Reino y aplicable a los testigos que hubiesen participado en el acto de forma voluntaria<sup>465</sup>, con independencia de que se pudiese probar o no el engaño, seducción o, fraude, puesto que la boda en sí misma servía como prueba de ello.

---

<sup>463</sup> Vid., MARZAL RODRÍGUEZ, Pascual: *El derecho de sucesiones en la Valencia foral y su tránsito a la Nueva Planta*, Universitat de València, Valencia, 1998, pp. 106-108; GARCÍA I SANZ, *op. cit.*, pp. 124-125.

<sup>464</sup> Fur. VI- IX- III: «-Item, com a la ciutat de València sia atorgat privilegi per lo señor rey En Jacme, de bona memoria, avi vostre, que si alcun decebrà doncella per haver-la per muller e aquella sposarà sens consell e voluntat del pare o mare o tutor o curador de aquella, o la doncella decebrà alcun hom per aver-lo per marit sens consentiment del pare o mare o curador o de parents de aquell, que l decebedor o decebedriu perde lo cap sens tot remey, així que muyra. Que sia mercè de vós, senyor, que semblant privilegi sia atorgat a les viles reals. Concordat curia exceptis clericis. Plau al señor rey que hagen semblant privilegi sobre la ita rahò que ha la dita ciutat» (TARAÇONA, Micer Pere: *Institucions dels furs i privilegis del Regne de València*, València, 1580, fol. 157).

<sup>465</sup> Fur. VI- IX- IV: «[...] E haja loch encara que tals persones que contractaran les sposalles o matrimony sien de una mateixa condició o stament , o no. E encara que hi haja e y entrevinga decepció, seducció, engan o frau, o no. Eclarants lo dit privilegi e present fur que en lo cas de aquél és e sia entrevengut gosar tenerari, tractament frauulent, frau, decepció o seducció de la dona, posat no sia provat, como lo fet sia haüt per legitima prova. E volem que los principals que han fet o faran coses e tots los testimonis e altres persones qui voluntàriament cabran en les ites clanestines sposalles o matrimonis muyren sens tot remey, si, doncs de nós o de nostres successors no havien perdó o remissió singular special e expressa» (Ibídem).



A estos Furs, reiterados durante el reinado de Fernando el Católico, le serían añadidos por el Monarca:

a) La sanción de la pérdida del Derecho de solicitar dote y alimentos a sus progenitores<sup>466</sup> -sanción que sería extendida a los hijos en un Fur posterior de 1542- y,

b) se incorpora -aunque se mantiene la pena de muerte- una sanción económica<sup>467</sup>, como consecuencia de la inaplicación –realmente- de la pena de muerte.

Será, con posterioridad, cuando nuevamente se solicite la aplicación, tanto de los mencionados Furs como de las citadas penas<sup>468</sup>, concretamente durante el reinado de Carlos I en 1542.

En definitiva, durante el S. XVII la normativa foral no fue de aplicación; las penas o sanciones previstas en éstas fueron reducidas a la voluntad de los Jueces; la pena capital no se impuso y, los contrayentes podían reclamar de sus progenitores el Derecho de alimentos –negado en los Furs-.

---

<sup>466</sup> Fur. VI- IX- V: « [...] E confermants los dits furs e encara ajustant al dit fur tercer dehys quibus indignus, provehim e orenam que, si alguna donczella en qualsevol temps o eat se casarà ab algún home e egual, major o menor condició de aquella, sens voluntat o consentiment de son pare o, si pare no haurà, de sa mare, que aquella tal donczella que axi clandestinament e sens voluntat o consentiment e son pare o mare se será casa no puixa en forma alguna, aquella ne lo marit e aquella, demanar ni haver dot alguna ni aliments alguns del béns del pare ni de la mare, encara que aquella tal donczella en lo temps de la contractació de semblant matrimoni, ans o aprés, hagués constituhit o promès algún dot al dit son marit. E açò volem e manam sia perpetuament observat, no obstant, qualsevol sentències així reals con de altres jutges inferiors fins açí en contrari donades o promulgades en cosa jutgada passades» (Ibídem).

<sup>467</sup> Ibídem.

<sup>468</sup> Fur. VI- IX- VI-VII (*vid.*, TARAÇONA, *op. cit.*, fol. 158).



## CAPÍTULO TERCERO

### LA CODIFICACIÓN: LOS ESPONSALES DESDE LA CODIFICACIÓN HASTA EL CÓDIGO CIVIL DE 1882

#### I. LA CODIFICACIÓN

Como es sabido, aunque la Legislación civil con la Pragmática de Carlos IV de 1803 preparó el camino a la Legislación canónica, lo cierto es que durante los años siguientes se cuestionaría la conveniencia o no de la institución de los esponsales. La causa se centraba en la contradicción de la figura con algunos principios y opiniones de la sociedad del Siglo XIX durante la etapa final del antiguo régimen, lo que originó posiciones controvertidas que suscitaron una desmedida crisis que, de forma paulatina, ha ido aumentando hasta nuestros días.

En este sentido, ORTEGA PARDO -con acierto- dice «no sin fundamento la mayoría de la doctrina afirma que, en la actualidad, la figura de los esponsales ha dejado de tener interés jurídico, quedando reducida a una curiosidad histórica»<sup>469</sup>.

---

<sup>469</sup> «La ruptura de esponsales en el Derecho Español vigente», *RGLJ*, Año 8, T. IX, (177 de la colección) junio 1945, p. 611. En este sentido, conforme a la abundancia, hoy por hoy, de relaciones prematrimoniales PRIETO GONZÁLEZ prevé «la posibilidad de que en nuestro Derecho pueda surgir en el futuro una nueva institución que sustituya a los esponsales» (*op. cit.*, p. 422). También, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (en «De la promesa de matrimonio», en la obra *Matrimonio y divorcio. Comentario al nuevo Título IV del Libro Primero del Código civil*, José Luis LACRUZ BERDEJO (coord.), Civitas, Madrid, 1982, Nt. 2, p. 40) sostiene que «importantes diferencias de concepción sobre los esponsales perduran en las sociedades europeas contemporáneas». En la misma línea, CARBONIER, Jean (en *Droit civil. 2. Le Famille, les incapacités*, P.U.F., Paris, 1927, p. 30) cree poder distinguir entre el punto sociológico «dos fenómenos diferentes ambos amparados bajo la denominación de esponsales. De una parte, una especie de prematrimonio muy avanzado, casi un

De ahí que los civilistas durante el proceso de Codificación civil, se plantearán las ventajas o desventajas de la institución de los esponsales, siendo postura mayoritaria la de aquéllos que se pronunciaron sobre sus inconvenientes<sup>470</sup>. Así, GARCÍA GONZÁLEZ, entiende que «a los esponsales se les puede hacer siempre dos objeciones fundamentales, íntimamente relacionadas entre sí: la primera es que dan lugar al nacimiento de una obligación que para hacerla efectiva no existen medidas adecuadas y, la segunda es que si se les diera verdadera fuerza obligatoria, significarían un peligro para la libertad que debe presidir la prestación del consentimiento en el matrimonio»<sup>471</sup>.

La inicial preocupación sobre dotar o no a esta figura de una forma determinada, fue sustituida por las controvertidas opiniones sobre su perduración o supresión. Prueba de estas diferencias de criterio se encuentran en los Proyectos oficiales de los Códigos civiles, en unos aparecen suprimidos, mientras que en otros se encuentran regulados y revestidos de una determinada forma –escritura pública o documento privado-.

En este sentido, y sin ánimo de hacer sino un mínimo apunte precisar que, el primer Proyecto del Código civil de 1821 -influido por el *Code*-, ni alude a ellos -ni en su articulado ni en el discurso preliminar-, ni refleja el por qué de su omisión<sup>472</sup>.

---

matrimonio a prueba que autoriza las relaciones sexuales y, de otra, un acuerdo puramente intelectual, con vistas al matrimonio, pero radicalmente distinto del mismo».

<sup>470</sup> *Vid.*, PRIETO GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 423.

<sup>471</sup> *Op. cit.*, p. 639.

<sup>472</sup> *Vid.*, LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la Codificación Española*. IV. *Codificación civil. Génesis e historia del Código*, Vol. II, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, 1979, pp. 42 y 51 y, *vid.*, también el Discurso Preliminar, p. 19.

## II. EL PROYECTO DE 1836

Entre los textos del Proyecto<sup>473</sup> incompleto del jurista murciano GARCÍA CAMBRONERO, realizado por encargo de Fernando VII en mayo de 1833 e inspirado en el de 1821 no hay referencia a la materia relativa al matrimonio<sup>474</sup>. En su redacción utilizaron los Cuerpos legales tradicionales, casi en exclusiva, las Leyes castellanas<sup>475</sup> –el Fuero Juzgo, las Partidas y como síntesis la Novísima Recopilación- y varios Códigos extranjeros, en especial, el francés<sup>476</sup>. Asimismo, este Proyecto aunque se redactó en la

---

<sup>473</sup> Este proyecto sería encomendado –tras el fallecimiento del mencionado jurista- a una comisión especial no parlamentaria (*vid.*, Legajo 1, Carpeta 1, documento 24 de la Comisión Codificadora), integrada por José AYUSO Y NAVARRO, Eugenio DE TAPIA y Tomás María VIZMANOS –comisionado último que sustituyó durante la fase de consumación del Proyecto a Ramón COBO DE LA TORRE que en aquél entonces era Letrado del Colegio de Abogados de Madrid-, quienes aceptaron el encargo de finalizar la redacción del cuerpo civil, presentando el texto definitivo a las Cortes en noviembre de 1836. *Vid.*, sobre las dificultades y tentativas de revisión del Proyecto que impidieron su aprobación, LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la Codificación Española. IV. Codificación civil. Génesis e historia del Código*, Vol. I, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, 1979, pp. 108-116; DE ANTEQUERA, José María: «La codificación moderna en España», *RGLJ*, n. 69, 1886, pp. 161-171; *RGLJ*, n. 68, 1885, pp. 397-405 y 493-500; *RGLJ*, n. 69, 1886, pp. 5-16, 81-88, 161-171, 297-309, 377-387 y 513-522.

<sup>474</sup> El 9 de mayo de 1833, FERNANDO VII encargó a Manuel GARCÍA CAMBRONERO –Ministro durante la ocupación francesa- un Proyecto de Código civil. Este jurisconsulto y abogado durante los ocho meses que trabajó –desde recibirlo hasta su fallecimiento- en la redacción de aquél, se inspiró en el Proyecto de 1821 –abundan las definiciones al inicio de cada capítulo- y, redactó los Títulos IX, X y XI del Libro I y una 2.<sup>a</sup> Tabla analítica del Código Civil de España proyectado por R. O. de 9 de mayo de 1833 referida al Libro II. El Título referido al matrimonio no llegó a ser redactado, posiblemente, porque aquellos momentos no eran los más favorables para tomar posturas decididas en cuestiones fundamentales (*vid.*, LASSO GAITE, *Crónica...*, Vol. I, 1979, *op. cit.*, pp. 97-101) y, *Crónica...*, Vol. II, 1979, *op. cit.*, pp. 80 y ss.; ARRAZOLA, Lorenzo: *Enciclopedia de Derecho y Administración o Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indias*, T. IX, Madrid, 1856, p. 299.

<sup>475</sup> En este sentido, BARÓ PAZOS, Juan (en *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1992, p. 70), dice que «la formación jurídica de los tres miembros de la Comisión en torno al derecho castellano (los tres desempeñan sus destinos profesionales en Audiencias o juzgados donde se aplica en exclusiva el Derecho de Castilla) sin duda vino a restringir las fuentes legales utilizadas para la confección del proyecto».

<sup>476</sup> En este sentido, BARO PAZOS, «sostiene que la utilización del Código francés se debió a que gozaba de celebridad en Europa, por lo que se utilizaron diversas disposiciones (por su consideración necesaria y compatible con los usos y costumbres españolas) de este Código a falta de otras equivalentes en la legislación patria» (*op. cit.*, p. 70). También *vid.*,

Década de las regencias (1833-1843) –época considerada como una más de las convulsas de la Historia de España- considerado como el periodo más duro para la Iglesia en España, debido a la hostilidad sufrida<sup>477</sup>, lo cierto es que resultó más moderado que el de 1821.

Proyecto que a diferencia del Proyecto de 1821 y del *Code*, se abrió con una Exposición de motivos donde se describía el proceso de elaboración, que culminó en una obra dividida en cuatro libros con 2.458 artículos<sup>478</sup>. En particular el primero de ellos tenía como objeto legislar de forma detallada los esponsales o promesa de futuro matrimonio. Concretamente es en el Título V *De los esponsales*; Libro I *De las personas*, artículos 108 al 144.

De lo anterior se evidencia la importancia que los redactores dieron a esta figura, en la que aparecen vestigios de nuestra Legislación histórica –en particular, de las Partidas y de la Novísima Recopilación- y del Derecho Romano.

## 1. REGULACIÓN DEL CONTENIDO

### A. Requisitos

En el Título V del Libro I, que trata *De los esponsales*, el Capítulo I se ocupa *De los requisitos necesarios para contraer esponsales*.

Tres son las novedades que presenta este primer Capítulo. Son:

a) Se eleva la edad mínima para celebrar esponsales de siete a dieciséis años cumplidos para el hombre y a catorce para la mujer<sup>479</sup> -los

---

LASSO GAITE, *Crónica...*, Vol. II, 1979, *op. cit.*, pp. 107-149 y, *Crónica...*, Vol. I, 1979, *op. cit.*, pp. 89-142.

<sup>477</sup> Vid., LASSO GAITE, *Crónica...*, Vol. I, 1979, *op. cit.*, pp. 107-109; CÁRCEL ORTI, Vicente: *El liberalismo en el poder (1833-1868)*, en *Historia de la Iglesia en España. V. La iglesia en la España contemporánea (1808-1975)*, Madrid, 1979, pp. 122 y ss.

<sup>478</sup> Vid., LASSO GAITE, *Crónica...*, Vol. II, 1979, *op. cit.*, pp. 87-321 y, *Crónica...*, Vol. I, 1979, *op. cit.*, p. 116.

<sup>479</sup> «Artículo 109. -1. La edad de dieciséis años en los varones y de catorce en las hembras, unos y otros cumplidos» (LASSO GAITE, *Crónica...*, Vol. II, 1979, *op. cit.*, p. 139).

motivos de los redactores en elevar esta edad se encuentran justificados en la Exposición de Motivos del Proyecto que, después de realizar un sucinto repaso de las Leyes antiguas, explica que fue debido a la importancia que tenía la celebración de un contrato que comportaba tan graves consecuencias<sup>480</sup>;

b) la debida colocación de los hermanos mayores de veinticinco años para prestar su consentimiento. Así, en el Proyecto éstos se encuentran colocados detrás de los progenitores y abuelos, pero antes que los tutores, lo que se justifica, posiblemente, en que el interés en evitar contraer un enlace que podría ser perjudicial para su familia era mayor para éstos que para un tercero externo y extraño a aquélla<sup>481</sup>. Por tanto, a diferencia de lo establecido por la Pragmática de Carlos IV de 1803, con este Proyecto no se excluye al primero de un Derecho que le corresponde por los Derechos de parentesco y por razones de analogía<sup>482</sup> y,

c) se exige escritura pública como requisito de validez de los esponsales y para el reconocimiento jurisdiccional de las causas de los efectos civiles derivados de la promesa esponsalicia, puesto que sin ella «no

---

<sup>480</sup> En la Exposición de motivos del Proyecto se dan las razones que motivaron a los comisionados a establecer esta edad mínima. Se hace una crítica -por absurda- de la autorización dada por nuestras antiguas leyes a los menores que habían cumplido siete años a contraer esponsales de palabra o por escrito en un simple papel, debido a la poca importancia que se daba a un tipo de contrato de semejante importancia y graves consecuencias. También se critica la autorización dada para contraer nupcias desde los catorce años para los varones y los doce para las hembras, por ser coincidentes estas edades con la pubertad. Los comisionados entienden que «aún suponiendo que a esta edad se hallen aptas las personas para procrear, ¿Qué discernimiento puede haber en los tiernos años para hacer una elección acertada; qué juicio para gobernar una familia; qué prudencia para tolerar sus mutuos defectos: qué conocimiento para dirigir la educación de los hijos?». Atendiendo a todas estas razones los comisionados fijan en este proyecto el fin de la edad pupilar en los dieciséis años para los varones y en los catorce para las hembras (LASSO GAITE, *Crónica...*, Vol. II, 1979, *op. cit.*, pp. 92 y 94). También, *vid.*, CRESPO DE MIGUEL, Luis: *La secularización del Matrimonio en los Proyectos de Código Civil anteriores a la Revolución de 1868*, Pamplona, 1987, pp. 73-75.

<sup>481</sup> «Artículo 109. -4. Que los padres, abuelos, hermanos mayores de veinticinco años o curadores presten su consentimiento cuando los contrayentes fueren aquellos que según el capítulo siguiente tienen obligación de obtenerlo, o bien que se les haya pedido el consejo según lo dispuesto en el artículo 123» (LASSO GAITE, *Crónica...*, Vol. II, 1979, *op. cit.*, p. 139).

<sup>482</sup> *Vid.*, LASSO GAITE, *Crónica...*, Vol. II, 1979, *op. cit.*, p. 94.

podrá admitirse demanda ni excepción alguna de esponsales, aún por vía de impedimento en los Tribunales civiles, ni en los eclesiásticos»<sup>483</sup>.

De lo anterior, resulta innegable que los comisionados interfirieron en la jurisdicción canónica, debido a que los Tribunales de la Iglesia únicamente podían conocer de las causas de esponsales cuando se hubiesen otorgado en escritura pública y tratasen de los impedimentos nacidos de esponsales, es decir, del dirimente de pública honestidad o del impedimento de esponsales<sup>484</sup>.

## **B. Personas obligadas o implicadas**

El Capítulo II se ocupa *Del consentimiento de los padres, parientes o curadores y de las causas en que pueden fundar su disenso*. La primera sección, *De las personas que están obligadas a pedir el consentimiento o el consejo de sus padres, parientes o curadores, y el modo con que esto deba verificarse*, contiene el elenco de las disposiciones relativas al consentimiento paterno para celebrar los esponsales.

Estas disposiciones que presenta el Proyecto de 1836 aunque son una clara inspiración e incluso una copia textual de los preceptos contenidos en el Proyecto de 1821 referidos al consentimiento paterno o *consentimiento ilustrado* para el matrimonio, lo cierto es que difieren del Proyecto anterior en algunos aspectos.

Esta primera sección, se abre con el artículo 115 que reza:

«Para contraer esponsales los hijos de familia de ambos sexos, menores de veinticinco años, deben pedir y obtener licencia de sus

---

<sup>483</sup> El artículo 114 del Proyecto de 1836, procede indudablemente de la Pragmática de Carlos IV de 1803 [Ley XVIII, Título II, Libro X, de la Novísima Recopilación].

<sup>484</sup> CRESPO DE MIGUEL, Luis (en «Un homenaje a Alonso Martínez ("La cuestión matrimonial" en la elaboración del Código»), en AA.VV *Centenario el Código civil*, Francisco RICO PÉREZ (coord.), Vol. I, Universidad Popular Enrique Tierno Galván, Alicante, 1986, p. 191), añade que «esto no es más que otra prueba de la inspiración de este proyecto de Código en las doctrinas de POTHIER y del SINODO DE PISTOYA» y, *vid.*, de este mismo autor, *La secularización...*, *op. cit.*, pp. 30 y 85-89.



padres, y en su defecto de los demás ascendientes, hermanos o curadores, por el orden y en la forma que se declara en los artículos siguientes. De esta obligación están exceptuados los hijos emancipados y las viudas, aunque no tuvieren dicha edad».

Por cuanto atañe a esta edad, conviene precisar que el precepto no hace distinción entre varones y mujeres, situándolos en un plano de igualdad.

Sin embargo, dos son las excepciones que se prevén a dicha regla al afirmar la innecesidad de licencia aunque no hayan cumplido los veinticinco años, en caso de hijos emancipados y viudas<sup>485</sup>.

Por su parte, los redactores del Proyecto tras reconocer que en comparación con otras naciones de Europa -que en esos momentos tenían establecidas la finalización de la menor edad en los veintiún años- fijaron dicha edad en un momento demasiado elevado, justifican y desarrollan ampliamente las razones que les motivó a ello en la Exposición de Motivos<sup>486</sup>.

De la redacción de esta Primera sección, dos son los aspectos de interés que llaman la atención:

---

<sup>485</sup> Excepción última que resulta discriminatoria para con los varones, puesto que aún a pesar de que hubiesen estado casados con anterioridad no se les libera de la necesidad del permiso paterno para los esponsales. Dispensa de la que gozaban en el Proyecto de 1821, tanto los varones como las mujeres para contraer segundas nupcias (*vid.*, LAINA GALLEGO, José María: *Libertad y consentimiento para el matrimonio en la legislación española (de la pragmática de Carlos III al proyecto del Código civil de 1851)*, Madrid, 1992, p. 366).

<sup>486</sup> El Proyecto de 1836 estableció veinticinco años como mayoría de edad a todos los efectos y no hace distinción entre mujeres y hombres. Las razones por las que los redactores del Proyecto fijaron la mayoría de edad en veinticinco años se encuentran expresadas en la Exposición de Motivos en los siguientes términos: «La mayoría de edad se ha fijado en veinticinco años para uno y otro sexo. Acaso parecerá esto demasiado a los que tienen algún conocimiento de la legislación de las naciones más cultas de Europa, en las cuales a los veintiún años se sales de la menor edad. No obstante, la Comisión ha tenido motivos poderosos para no alterar en esta parte nuestra legislación vigente. Lo primero por la razón general de que no habiendo conocido necesidad o por lo menos utilidad para hacer una reforma, debe dejarse subsistente lo antiguo. En segundo lugar, porque en este mismo Código se establecen dos medios de salir de la patria potestad y de hacerse independiente a los dieciocho años, esto es, o casándose, o siendo emancipado» (LASSO GAITE, *Crónica...*, Vol. II, 1979, *op. cit.*, p. 93).

De una parte, la incongruencia contenida en los artículos 116 y 117<sup>487</sup> del Proyecto. El artículo 116 exponía que en caso de que faltase el padre o estuviese incapacitado, el consentimiento a los esponsales debía recaer en la madre y, a falta de ambos se debería solicitar de los abuelos paternos y maternos, mientras que el artículo 117 preveía que a falta el padre o madre se debía pedir a los abuelos paternos y maternos, admitiéndose la posibilidad de que en ausencia el primero se pasase directamente a los abuelos, cuando el artículo 116 otorga realmente el segundo lugar a la madre. Por ello y, con la finalidad de evitar dicha incongruencia la lógica dicta que en la redacción del artículo 117 se debería haber cambiado la partícula *o* por la *y*, descendiendo directamente a los abuelos cuando faltasen ambos –padre y madre-<sup>488</sup>; De otra, en la redacción del artículo 122 incluido en el Título V intitulado *De los esponsales*, se lee la expresión *para contraer matrimonio*, lo que permite afirmar que si lo dicho rige para el matrimonio, también sería de aplicación para el caso de esponsales. Los términos del precepto eran:

«Los hijos naturales reconocidos por el padre deberán pedir el consentimiento paterno y materno para contraer matrimonio, y en falta de padres el de sus curadores».

Adicionalmente, se contempla otra figura cuanto menos extraña que se centra en la solicitud de consejo -con anterioridad a comprometerse en esponsales- por todos los hijos de familia, con independencia de que fueran mayores de veinticinco años<sup>489</sup>. Este acto no impedía la celebración de los

---

<sup>487</sup> «Artículo 116. -En caso de que los contrayentes tengan padre y madre deberá pedirse y obtenerse e ambos el consentimiento, prevaleciendo el voto el padre si discordase del de la madre; muerto aquél, natural o civilmente o imposibilitado de cualquier manera para prestar su consentimiento, lo hará la madre sola» y, «Artículo 117. -A falta del padre o de la madre, ya sea por muerte, incapacidad mental o ausencia sin constar su paradero, deberá pedirse el consentimiento a los abuelos paternos y maternos, si los hubiese e una y otra línea, o a los que existieren de cualquiera de ellas, observándose el mismo orden respecto a los demás ascendientes» (LASSO GAITE, *Crónica...*, Vol. II, 1979, *op. cit.*, p. 139).

<sup>488</sup> *Vid.*, LAINA GALLEGU, *Libertad y consentimiento...*, *op. cit.*, p. 369.

<sup>489</sup> «Artículo 123. -Los hijos e hijas mayores de veinticinco años, los emancipados y las viudas de cualquier edad que fuere, tendrán obligación de pedir consejo a sus padres y

esponsales, aunque la contestación a esa solicitud fuese negativa<sup>490</sup>, por lo que -tras su solicitud- las partes podían actuar con toda libertad en contra o a favor del consejo recibido. También al igual que en el supuesto de menores de 25 años -para los que era necesario el consentimiento paterno- se preveía una orden de prelación de las personas a quienes debía ser solicitado el consejo y de la que quedaban exentas las establecidas por el artículo 125<sup>491</sup>. Esta orden de prelación era la misma que la prevista para solicitar la licencia paterna.

La Segunda sección se inicia con el artículo 128<sup>492</sup> donde de forma detallada se establecen las causas en que se funda el disenso u oposición a que se otorguen los esponsales. Estas causas estaban comprendidas dentro de las que comportaban la anulación de los esponsales.

La novedad más importante que presenta esta Segunda sección radica en la posibilidad de exigir -por los varones mayores de 20 años y las mujeres de 18 años- de las personas obligadas a dar la licencia, las razones por las que disientan. En caso de hermanos y curadores debían expresarlo siempre, sin necesidad de petición<sup>493</sup>. Por otra parte, en los supuestos en que se

---

ascendientes por el orden referido en los artículos 116 al 121» (LASSO GAITE, *Crónica...*, Vol. II, 1979, *op. cit.*, p. 140).

<sup>490</sup> «Artículo 124. -La petición de consejo es un mero acto de respeto, y aun cuando la persona a quien se pide disienta, no servirá esto de obstáculo para contraer los esponsales» (Ibídem).

<sup>491</sup> «Artículo 125. -Los hijos, descendientes o hermanos que hayan sido abandonados por sus padres, ascendientes o hermanos, no tendrán obligación de pedirles respectivamente el consentimiento ni el consejo» (Ibídem).

<sup>492</sup> Dicho precepto enumera las siguientes causas: «-1.<sup>a</sup> La falta absoluta de medios para sostener las cargas el matrimonio, sin esperanza de obtenerlos; -2.<sup>a</sup> La conducta inmoral o públicamente viciosa de la persona con quien se intentare contraer esponsales; -3.<sup>a</sup> Haber recibido los padres, ascendientes o hermanos alguna grave injuria de parte de la persona con quien se trate de contraer esponsales; -4.<sup>a</sup> El padecer una enfermedad contagiosa o habitual la persona con quien se quiere contraer esponsales; -5.<sup>a</sup> El estar procesado por algún delito que cause infamia, hasta que se acabe el juicio por sentencia definitiva, y la imposición de penas infamatorias» (Ibídem).

<sup>493</sup> «Artículo 129. -Hasta la edad de veinte años cumplidos siendo varón y dieciocho si fuere hembra, no podrá exigir el que aspira a contraer esponsales la manifestación de las causas en que los padres o los demás ascendientes varones se funden para su disenso. Artículo 130. Los hermanos y los curadores estarán obligados en todo caso a manifestar las causas en que fundaren su disenso» (Ibídem).

debiese motivar el disenso, si se les había denegado la licencia a los interesados, éstos podían solicitar la fundamentación de la/s causa/s de éste por escrito ante el Juez del domicilio mediante expediente reservado<sup>494</sup>. Y, en caso de fundamentar la denegación de licencia por los obligados en cualquier otra causa distinta a las previstas por el artículo 128, el Juez debía otorgar su consentimiento para la celebración de los esponsales, supliendo con ello el de las personas obligadas a prestarlo<sup>495</sup>.

### C. Efectos

a) Otra novedad respecto de la normativa canónica<sup>496</sup> vigente en materia de esponsales -conforme a la que la promesa de matrimonio no producía obligación alguna de contraer matrimonio- se encuentra en el Capítulo III que trata *De los efectos que producen los esponsales legítimamente contraídos*.

Este Capítulo se abre con el artículo 133 conforme al cual si el contrato de esponsales se celebraba acorde a los requisitos previstos, producía los correspondientes efectos y la acción para exigir su cumplimiento -con las excepciones previstas por el texto legal-, pero en caso de negativa injustificada -por cualquiera de las partes- a cumplir la obligación convenida, la parte que rehusaba perdía las dadas o regalos que hubiese realizado o prometido a la otra, además, de tener que devolver los que hubiese recibido de aquélla y resarcir por los perjuicios causados por su retractación<sup>497</sup>.

---

<sup>494</sup> «Artículo 131. -Cuando las causas que se alegaren para fundar el disenso no fueren de las expresadas en el artículo 128, el Juez dará su licencia para contraer los esponsales y de este modo se suplirá el consentimiento de las personas que debían prestarlo» (Ibídem).

<sup>495</sup> «Artículo 132. -Cuando las causas que se alegaren para fundar el disenso no fueren e las expresadas en el artículo 128, el Juez dará su licencia para contraer los esponsales y de este modo se suplirá el consentimiento de las personas que debían prestarlo» (Ibídem).

<sup>496</sup> *Vid.*, DEVOTI, Joannis: *Institutiorum canonicorum*. IV. Matrity, 1833, p. 445; MORALES Y ALONSO, Juan Pedro: *Instituciones de Derecho Canónico*, T. II, Madrid, 1895, p. 10.

<sup>497</sup> «Artículo 134. -La parte que sin causa razonable se negare a cumplir la obligación esponsalicia, perderá dese luego las dadas o regalos que haya hecho o prometido a la

Resarcimiento en el que adquirirían suma importancia las personas llamadas a prestar el consentimiento -los padres, parientes y curadores-, debido a que en caso de oposición al matrimonio -posterior a los esponsales- éstos y no las partes estaban obligados a resarcir dichos perjuicios<sup>498</sup>, puesto que éstos eran los que rompían la posibilidad de cumplir con la obligación esponsalicia. No obstante, a pesar de que el artículo 134 es claro al referirse de forma expresa a las partes contratantes que niegan la celebración del matrimonio de forma injustificada, esto no era óbice para que dicha responsabilidad recayese sobre estas personas cuando hubiesen sido los causantes con su negativa de tal ruptura.

b) También destaca en este Capítulo la supresión del derecho de la mujer seducida sexualmente de obligar al hombre a contraer matrimonio contra su voluntad, obligándose en ese caso a satisfacer una indemnización consistente en la pérdida de lo entregado por dote, arras o cualquier otro título nupcial<sup>499</sup>.

#### **D. Nulidad o disolución de los esponsales**

El Capítulo IV abarcaba la regulación integral de las causas<sup>500</sup> por las que se podía verificar la disolución o anulación<sup>501</sup> de los esponsales comprendiendo los artículos 142 a 144 que se reproducen a continuación:

---

otra, debiendo también devolver los que de ella hubiese recibido y resarcir además los perjuicios causados por su retractación» (LASSO GAITE, *Crónica...*, Vol. II, 1979, *op. cit.*, p. 141).

<sup>498</sup> «Artículo 136. -Los padres, parientes o curadores estarán obligados al resarcimiento e perjuicios expresados en los dos artículos anteriores, cuando se opusieren al cumplimiento de los esponsales; pero su obligación será subsidiaria después de la de los esposos, si solo coadyuvaron con su consejo a la retractación de éstos» (Ibídem).

<sup>499</sup> «Artículo 139. -Cuando el esposo, seduciendo a su futura esposa abusare de ella y se resistiere luego a celebrar el matrimonio prometido, perderá y se adjudicará a la misma todo lo entregado u ofrecido por dote, arras y cualquier otro título nupcial. Además de esto, el Juez le condenará al resarcimiento de daños, sin perjuicio de sufrir la pena que se designe en el Código criminal, cuando hubiere rapto, violencia u otra circunstancia agravante» (Ibídem).

<sup>500</sup> Para un estudio pormenorizado de las causas que originaban la nulidad o disolución del contrato e esponsales, *vid.*, LAINA GALLEGO, *Libertad y consentimiento...*, *op. cit.*, pp. 399-419.

«Artículo 142. La disolución o nulidad de los esponsales puede verificarse:

1.º Por la muerte natural o civil de uno de los contrayentes.

2.º Por mutuo consentimiento de los que contrajeron la obligación.

3.º Por haber faltado cualquiera de los requisitos necesarios para contraer los esponsales.

4.º Por notable deformidad acaecida después de otorgados los esponsales.

5.º Por error grave respecto a la calidad de la persona o a sus bienes de fortuna, cuando a aquél hubiere dado lugar el fraude de uno de los esposos o de sus padres, parientes o curadores que hubiesen intervenido en el otorgamiento de la escritura.

6.º Por mudar de religión uno de los esposos.

7.º Por haberse naturalmente imposibilitado el cumplimiento de las condiciones impuestas al contraer los esponsales.

8.º Por haber transcurrido dos años desde el otorgamiento de la escritura de esponsales, sin que en todo este tiempo hubiere mediado gestión alguna para la celebración del matrimonio. Si la obligación fuese condicional, este término se reduciría a un año contado desde el día en que se hubiere verificado la condición.

Artículo 143. Pueden también disolverse los esponsales por cualquiera de las causas que sirven de fundamento al disenso, según

---

<sup>501</sup> En el Proyecto de 1836 se trataban por igual dos términos que en realidad no tienen el mismo significado. Así, mientras que el término *disolver* equivale a que tras el nacimiento del negocio jurídico, éste ha dejado de tener vigor por las causas que le sean de aplicación, la declaración de la nulidad de un contrato equivale a decir que nunca llegó a existir (*vid.*, LAINA GALLEGU, *Libertad y consentimiento...*, *op. cit.*, p. 399).

se expresa en el artículo 128, con tal que hubieren acaecido después de otorgada la escritura de esponsales.

Artículo 144. Pueden pedir la disolución o nulidad de los esponsales por cualquiera de las causas expresadas en los artículos 128 y 142 tanto los esposos como sus padres, abuelos, hermanos o curadores que hubiesen concurrido al otorgamiento de escritura de esponsales»<sup>502</sup>.

En definitiva, eran causas de nulidad de los esponsales, tanto las enumeradas por el artículo 142 como las establecidas por el artículo 128<sup>503</sup>, debido a que a las primeras se le sumaban las segundas, conforme a lo previsto por el artículo 144. Las causas contenidas en el artículo 128<sup>504</sup> eran aquéllas en las que podían fundar su disenso u oposición a que se otorgasen los esponsales los padres, parientes y curadores.

### III. LA LEY DE BASES DEL CÓDIGO CIVIL

El Proyecto de Bases del Código civil, aprobado por la Comisión General de Codificación -creada por Decreto de 19 de agosto de 1843- fue presentado al Gobierno el 7 de marzo de 1844, por iniciativa de Florencio GARCÍA GOYENA<sup>505</sup>. Este Proyecto que recogía en su Base tercera la negativa a reconocer valor jurídico a los esponsales, lo cierto es que se convertirá con posterioridad en el artículo 47 del Proyecto de 1851. Esta base se presentaba en los siguientes términos:

---

<sup>502</sup> LASSO GAITE, *Crónica...*, Vol. II, 1979, *op. cit.*, pp. 141-142.

<sup>503</sup> Cfr., artículo 128 del Proyecto de 1836.

<sup>504</sup> Recogidas en la segunda sección *De las causas en que puede fundarse el disenso, y de la licencia judicial con que se suple el consentimiento*, del capítulo II *Del consentimiento de los padres, parientes o curadores y de las causas en que pueden fundar su disenso*.

<sup>505</sup> Como bien es sabido en la Ley de Bases (Base 1.<sup>ª</sup>), se ha señalado reiteradamente que su principal autor GARCÍA GOYENA, Florencio (en *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, T. I, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, a cargo de Francisco ABIENZO, Madrid, 1852, p. 56) era totalmente contrario al mantenimiento de los esponsales.

«La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún Tribunal civil ó eclesiástico admitirá demanda sobre ellos»<sup>506</sup>.

Durante la presentación por GARCÍA GOYENA del Proyecto para la aprobación de las Bases del Código, la discusión sobre el matrimonio adquirió una importante transcendencia, que originó revisar toda la historia y casi todas las cuestiones sobre la Jurisdicción eclesiástica<sup>507</sup>. Debate en el que su autor reconoció que la concepción del matrimonio tenía su precedente patrio en el Proyecto de 1821, aunque existía un precedente más inmediato al matrimonio, recogido en el anteproyecto del Libro I del Código de 1851<sup>508</sup> -redactado por Cirilo ÁLVAREZ en 1843<sup>509</sup>-, al que no aludió.

#### IV. EL PROYECTO DE 1851: LA SUPRESIÓN DE LOS ESPONSALES

El Proyecto de 1851<sup>510</sup>, también conocido como *Proyecto Isabelino* o *Proyecto de García Goyena*, que sirvió de fuente principal para la redacción del Código promulgado en 1888-1889, reguló la figura de los esponsales en el artículo 47<sup>511</sup>.

Su autor totalmente contrario al mantenimiento de los esponsales utilizó como argumento de autoridad para justificar tal supresión, que otros Códigos europeos habían asumido idéntica medida, aunque no mencionó que algunos de ellos reconocían a la iglesia jurisdicción para conocer sobre

---

<sup>506</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos...*, 1852, *op. cit.*, p. 55.

<sup>507</sup> En este sentido, GARCÍA GOYENA recoge una síntesis sobre la discusión sobre el matrimonio, en el Apéndice 1.º (*vid.*, *Concordancias, motivos...*, 1852, *op. cit.*, pp. 29-30).

<sup>508</sup> En esta materia, *vid.*, las aportaciones de CRESPO DE MIGUEL, *La secularización...*, *op. cit.*, pp. 209-213, 231-233 y 250-257.

<sup>509</sup> Fue miembro de la primera Comisión General de Codificación realizada entre los años 1843 a 1846.

<sup>510</sup> Este Proyecto nació en la época de la Década moderada, configurada como el periodo de mayor estabilidad política de ISABEL II y en la que se avanzó de forma decisiva en la normalización y restablecimiento de las relaciones Iglesia-Estado, hasta culminar con la firma del Concordato de 1851 (*vid.*, CRESPO DE MIGUEL, «Un homenaje a Alonso...», *op. cit.*, p. 193).

<sup>511</sup> Este artículo se encuentra contenido en el Título III *Persona y Derecho de Familia*, del Libro I *Del matrimonio*.



la validez de los esponsales<sup>512</sup>. Asimismo, los calificó de «tan opuestos a la moral, como contrarios a la santidad del matrimonio y a la libertad con que deben ser contraídos»<sup>513</sup>. Fundamentos que fueron utilizados por los redactores del Proyecto de 1851–de igual forma que hiciera Cirilo ÁLVAREZ en el anteproyecto de 1843<sup>514</sup>– para suprimir los esponsales de futuro, por entender que esta institución pertenecía a la autoridad civil, además de prohibir a los Tribunales civiles y eclesiásticos admitir demandas esponsalicias<sup>515</sup>.

En suma, esta norma que se limita a la cuestión de la eficacia jurídica se completa con el pronunciamiento de la inadmisibilidad general de la demanda. Su concreción a los esponsales de futuro, se justifica en que éstos eran los únicos subsistentes tras la prohibición tridentina de los matrimonios clandestinos<sup>516</sup>.

Por otra parte, la inadmisión de la demanda en que incurre el precepto al incluir a los Tribunales eclesiásticos –a pesar de que la Legislación canónica les seguía atribuyendo eficacia jurídica–, originó discrepancias entre Iglesia y Estado, debido a que la abolición de esta figura por la Legislación civil, suponía la derogación de determinadas normas canónicas, es decir, el impedimento dirimente de pública honestidad y el impediente de esponsales<sup>517</sup>.

---

<sup>512</sup> *Vid.*, FERNÁNDEZ DE LOS RÍOS, Ángel: *Concordancias entre el Código civil francés y los Códigos civiles extranjeros*, traducida del francés de Fermín VERLANGA HUERTA y José MUÑIZ MIRANDA. Biblioteca de Universal, Madrid, 1852, pp. 10-11; GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos...*, 1852, *op. cit.*, p. 228; Código civil de Cerdeña art. 107.

<sup>513</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos...*, 1852, *op. cit.*, p. 56.

<sup>514</sup> ACGC. Legajo 7, el Código civil, carpeta 2.<sup>a</sup>, folios 1 a 72 contienen el original del Libro I en 462 artículos, revisado por la Sección se redujo a 459 artículos; en nueva revisión efectuada por la Comisión el 19 de mayo de 1945, quedo reducido a 399 y, finalmente, el 17 de febrero de 1946, la comisión aprobó el Libro I, en 387 artículos (Legajo 7 del Código civil, carpeta 2.<sup>a</sup>, documento 4.<sup>o</sup> y Legajo 8, carpeta 1.<sup>a</sup>).

<sup>515</sup> *Vid.*, CRESPO DE MIGUEL, «Un homenaje a Alonso...», *op. cit.*, p. 194.

<sup>516</sup> *Vid.*, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos ó estudios fundamentales...*, 1868, *op. cit.*, pp. 228-229.

<sup>517</sup> En este sentido, la Rota destacó además, que la institución esponsalicia tenía en España larga tradición civil y canónica, había sido confirmada en Trento y más recientemente, lo

En definitiva, el Proyecto de 1851 siguiendo la línea doctrinal del Código francés no reconoce los esponsales de futuro que sí aparecen regulados en el Proyecto de 1836 y, en la Legislación historia española. Asimismo, la negación del valor histórico jurídico<sup>518</sup> de esta figura se convertirá, a partir de este Proyecto, en una constante del proceso codificador.

## V. EL PROYECTO DE LEY DEL LIBRO PRIMERO DEL CÓDIGO CIVIL DE 1869

El Proyecto del Libro I del Código civil presentado a las Cortes el 19 de mayo de 1869 por el Ministro de Gracia y Justicia Antonio ROMERO ORTÍZ corrobora de forma expresa en el párrafo primero del artículo 49 la ineficacia de los esponsales contenida en el artículo 47 del Proyecto del Código civil de 1851, al decir que la Ley no reconoce eficacia legal a los esponsales de futuro «quedando si se contratan por las partes, reducidos a los límites de un pacto natural sujeto a la voluntad de los contrayentes, pero sin acción jurídica»<sup>519</sup> y, en su segundo párrafo prevé que «la promesa de matrimonio, mutuamente aceptada, es un hecho privado que la Ley somete enteramente al honor y conciencia del individuo y, que no produce

---

había hecho la Bula *Auctorem fidei* –la cual condenó al Sínodo de Pistoia, que afirmaba que los esponsales, contenían un acto meramente civil que dispone a la celebración el matrimonio y, por tanto, el poder civil podía legislar sobre ellos (Informe del Tribunal e la Rota, folio 19 vuelta y 120). *Vid.*, también, CRESPO DE MIGUEL, Luis: «El matrimonio en los dictámenes oficiales sobre el proyecto del Código civil español de 1851», en *RGLJ*, n. 5, 1987, pp. 662-668 y 692-693.

<sup>518</sup> La falta de valor jurídico será acogida de forma positiva por la doctrina, debido a que los esponsales eran perjudiciales a la libertad del matrimonio y a la paz de las familias, así como por su inutilidad jurídica (*vid.*, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos ó estudios fundamentales...*, 1868, *op. cit.*, p. 229).

<sup>519</sup> En este sentido, TOMÁS Y VALIENTE, Francisco (en *Manual de Historia del Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 1983, 3.ª ed., p. 545) dice que este Proyecto «demasiado radical incluso en ese momento de euforia revolucionaria [...] no llegó a discutirse en las Cortes» y, *vid.*, las palabras que en la «exposición de motivos» se dedican a los esponsales, publicada por LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la Codificación española*. IV. *Codificación civil*, Vol. II, Ministerio de Justicia, Comisión general de codificación, 1970, p. 501, donde el mencionado Ministro justificó la reducción de los esponsales «a los límites de un pacto natural sujeto a la voluntad de los contrayentes, pero sin acción jurídica», por ser atentatorios contra la libertad matrimonial. También, *vid.*, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1984, *op. cit.*, p. 109.

obligación alguna en el fuero externo»<sup>520</sup>, por lo que ni puede exigirse su cumplimiento, ni demandar indemnización, ni cumplimiento de la cláusula penal.

## VI. LA LEY PROVISIONAL DE MATRIMONIO CIVIL DE 1870

Con el artículo 3 de la Ley Provisional de Matrimonio Civil<sup>521</sup> de 18 de junio de 1870<sup>522</sup>, cuyo autor fue el Ministro de Gracia y Justicia Eugenio MONTERO RÍOS, se consagra con valor de fuerza legal esta posición codificadora. Este precepto presentaba los términos siguientes:

«Tampoco producirán obligación civil la promesa de futuro matrimonio cualesquiera que sea la forma y solemnidades con que se otorgue, ni las cláusulas penales ni cualesquiera otras que en ella se estipulen»<sup>523</sup>.

Con esta innovación su autor se separa de la tradición canónica y codificadora europea favorable a los esponsales para seguir «la doctrina de los más distinguidos jurisconsultos y el Derecho del nuevo Código de

---

<sup>520</sup> LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la Codificación española. IV. Codificación Civil. Vol. I. Organización judicial*. Prologo de Antonio HERNÁNDEZ GIL, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970, p. 509.

<sup>521</sup> En este sentido, CARRIÓN OLMOS, Salvador (en *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Jaén, 1977, p. 394), dice que esta ley «se concibe como el resultado de la conversión en legislación puramente civil, e una normativa típicamente canónica». En la misma línea FRANCISCO SIVELA en el Congreso de Diputados, dice que: «El proyecto esta reducido a traducir fiel y literalmente en una ley civil los preceptos de una ley eclesiástica; a traducir, por decirlo así, la epístola de San Pablo, los preceptos del Concilio de Trento y de algunos Papas y Concilios, no de todos, sino de aquellos que merecen la particular estimación del Señor Ministro de Gracia y Justicia. A traducir estos preceptos en una ley civil o, como si dijéramos, a vestir al antiguo sacerdote con el moderno frac de los Juzgados municipales, y convertir el antiguo sacramento en una escritura pública» (Diario de Sesiones de las Cortes. Sesión de 9 de mayo de 1870, n. 276, p. 7286). También, BARO PAZOS, afirma que «es el resultado de aplicar una política secularizadora, con arreglo al principio constitucional de la libertad de cultos, a una institución de hondo arraigo en la sociedad española, el matrimonio» (*op. cit.*, p. 186).

<sup>522</sup> Colección legislativa, año 1870, T. 103, n. 365, pp. 845 y ss.

<sup>523</sup> Gaceta de Madrid, de 21 de junio de 1870, Año CCIX, n. 172, p. 364 y, *vid.*, Leyes provisionales del Matrimonio y del Registro civil, publicadas como Leyes del reino, en virtud de autorización de 24 de mayo y de 2 de junio de 1870, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1870, edición oficial, p. 61.

Portugal»<sup>524</sup>, es decir a la doctrina generada en torno al Proyecto de 1851<sup>525</sup> y al artículo 1.067<sup>526</sup> del Código civil portugués de 1 de julio de 1867<sup>527</sup>.

En síntesis, las aportaciones más importantes que presentó dicho precepto fueron la configuración jurídica del principio de libertad de matrimonio –al que se reconduce la privación de eficacia de los esponsales- y la extensión de la ineficacia, tanto a las cláusulas penales, como a cualesquiera otras que en ella se estipulen.

Con el Decreto del Ministerio-Regencia de 22 de enero de 1875<sup>528</sup>, completado por el de 9 de febrero de 1875<sup>529</sup>, se redujo el ámbito de la negativa del valor jurídico de los esponsales, debido a la inaplicabilidad de la Ley de Matrimonio Civil de 1870 -con la excepción de su Capítulo 5 referido a los efectos personales y patrimoniales- a los matrimonios canónicos.

---

<sup>524</sup> BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1984, *op. cit.*, p. 109.

<sup>525</sup> En contra de su valor negocial, entre otros, *vid.*, GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos...*, 1852, *op. cit.*, p. 55; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos ó estudios fundamentales...*, 1868, *op. cit.*, p. 228.

<sup>526</sup> Dice el citado precepto: «-El consentimiento de los contrayentes para el matrimonio solo puede prestarse en el mismo acto de celebración. -Son, por tanto, nulos los contratos en que las partes se obliguen para el futuro bajo el título de esponsales, desposorios o cualquier otro, a contraer matrimonio, tengan o no, cláusulas penales» (DE LA ESCOSURA, Patricio y AUTRAN, Isidro: *Código Civil Portugues: Traducido Al Castellano, Y Precedido De Um Prologo (1868)*, Ed., Kessinger Publishing, Spain, 2010, p. 201).

«-O consentimento dos contrahentes, para o casamento, só póde prestar-se irrevogavelmente no proprio acto da celebração d'elle. -So, portanto, nullos os contractos, em que as partes se obriam para o futuro, debaixo do titulo de esponsaes, desposorios ou qualquer outro, a contrahir casamento, quer haja, quer não, estipulação e clausulas penaes» (Codigo civil portuguez, aprobado por carta de lei de 1 de julio de 1867, in prensa nacional, Lisboa, 1868, edição oficial, p. 189).

<sup>527</sup> Sobre el estado de la legislación en el momento inmediatamente posterior a la promulgación del Código civil portugués, *vid.*, TARRASA ROMANS, Manuel: *Estudios de Derecho civil de España comparado con el romano y el extranjero según el orden del Proyecto de Código civil español*, Salamanca, 1866, p. 450.

<sup>528</sup> Este Decreto fue presentado por el Ministro de Gracia y Justicia Antonio CÁNOVAS DEL CASTILLO.

<sup>529</sup> Colección legislativa, año 1875, T. 114, n. 121, pp. 175-180.

«Artículo 5. La Ley de 18 de junio de 1870 queda sin efecto en cuando a los que hayan contraído o contraigan matrimonio canónico, el cual se registrará exclusivamente por los sagrados cánones y las leyes civiles que estuvieron en observancia hasta que supuso en ejecución la referida Ley. Exceptuándose tan sólo de esta derogación las disposiciones contenidas en el capítulo V de la misma Ley, las cuales continuarán aplicándose, cualquiera que sea la forma legal en que se haya celebrado el contrato de matrimonio»<sup>530</sup>.

Asimismo, este Decreto que declaró inaplicable la Ley de Matrimonio Civil de 1870 a los matrimonios canónicos, se presentó como una excepción dentro de la tendencia negadora de los esponsales, debido a que su artículo 6 continuó considerando dicha Ley aplicable a los matrimonios civiles para los que no profesasen la religión católica<sup>531</sup>. Por ello, se considera que se restablece la fuerza de los esponsales para los católicos<sup>532</sup>.

«Artículo 6. Las demás disposiciones de la Ley de 18 de junio de 1870 no exceptuadas en el segundo párrafo del artículo anterior serán sólo aplicables a los que habiendo contraído matrimonio civil omitieren celebrar el matrimonio canónico, a menos que estuvieren ordenados *<in sueris>* o ligados con voto solemne de castidad en alguna orden religiosa canónicamente aprobada, los cuales, aunque

---

<sup>530</sup> Gaceta de Madrid, de 10 de febrero de 1875, T. I, Año CCXIV, n. 41, p. 300 y, *vid.*, también en la Colección Legislativa de España. Primer Semestre de 1870, T. 103, Madrid, 1870, pp. 848-866. Capítulo V referido a los efectos personales y patrimoniales.

<sup>531</sup> Cabe matizar que, tanto el Texto del Proyecto del Código civil de 1869, como la Ley de Matrimonio civil de 1870, son consecuencia de la Constitución de 1869, ya que en su artículo 27 establecía que «[...] la adquisición y el ejercicio de los derechos civiles y políticos son independientes de la religión que profesaran los españoles» (puede verse este texto, así como todas las Constituciones tanto anteriores como posteriores, en *Leyes políticas españolas fundamentales (1808-1978)*. Recopilación y prólogo por Enrique TIERNO GALVÁN, Tecnos, Madrid, 1979, 2.ª ed., p. 114). Hay también otras colecciones.

<sup>532</sup> *Vid.*, BADOSA COLL, Ferrán: «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil*, Cándido PAZ ARES, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CODERCH (dirs), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 257; BARO PAZOS, *op. cit.*, p. 424; SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho civil. IV. Derecho de Obligaciones. Derecho de la Contratación*, Sucesores de RIVADENEYRA, Madrid, 1899, 2.ª ed., p. 473.

aleguen haber abjurado de la fe católica, no se considerarán legítimamente casados desde la fecha de este decreto; pero quedando a salvo en todo caso los derechos consiguientes a la legitimidad de los hijos habidos o que nacieren dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de este decreto, los de la potestad paterna y materna y los adquiridos hasta el día por consecuencia de la sociedad conyugal que habrá de disolverse»<sup>533</sup>.

## VII. DEL PROYECTO DE LIBROS I Y II DEL CÓDIGO CIVIL DE 1882

El Proyecto de Libros I y II del Código civil de 1882, presentado por Manuel ALONSO MARTÍNEZ a las Cortes el 24 de abril de 1882<sup>534</sup>, regula los esponsales en el Título III *Del matrimonio*; Capítulo I *Disposiciones generales*; Primera sección *De las formas de matrimonio y requisitos para su celebración*, del libro I dedicado a las personas.

Este proyecto incompleto, precedente inmediato del Código civil de 24 de julio de 1889, por influjo del Código civil italiano de 1865<sup>535</sup> será donde por primera vez aparezca la obligación de resarcimiento. Obligación

---

<sup>533</sup> Gaceta de Madrid, de 10 de febrero de 1875, T. I, Año CCXIV, n. 41, p. 364.

<sup>534</sup> Las reformas introducidas en relación al Proyecto de 1851, tomado como base de revisión, se encuentran establecidas en la Exposición de Motivos que precede al Proyecto del Código civil (*vid.*, Gaceta de Madrid, de 22 de mayo de 1888).

<sup>535</sup> Decía el tenor literal del antiguo: «Artículo 54. –Si la promesa fuese hecha por un mayor de edad en documento público ó escritura privada, ó por un menor autorizado por las personas cuyo consentimiento es necesario para la validez del matrimonio, ó si resulta de las publicaciones hechas por el oficial del estado civil, el promitente que rehuse sin justa causa, queda obligado a indemnizar á la otra parte de los gastos hechos con motivo de la promesa de matrimonio. –Sin embargo, no es admisible esta demanda pasado el año siguiente al dia en el cual debía haberse cumplido la promesa» (AGUILERA Y VELASCO, Alberto: *El Código civil italiano, comentado, concordado y comparado con las Legislaciones vigentes en Europa y América*, Librería Universal de Córdoba y Compañía, Madrid, 1881, pp. 31-32) Trad.: «Artículo 54. –Se la promessa fu fatta per atto pubblico o per iscrizione privata da chi sia maggiore d'età, o dal minore autorizzato dalle persone, il concorso delle quali è necessario per la celebrazione del matrimonio, oppure consta dalle pubblicazioni ordinate dall'uffiziale dello stato civile, il promettente che ricusi di eseguirla senza fiusto motivo, è obbligato a risarcire l'altra parte delle spese fatte per causa del promesso matrimonio. La domanda però non è più ammissibile dopo un anno dal giorno in cuá la promessa doveva essere eseguita» (*Codice Civile del Regno d'Italia*, Stamperia Reale, Harvard College Library, Torino, 1865, p. 16).

de reparación que no aparecía en el Proyecto del Código civil de 1851 y, que de forma expresa sería descartada en el artículo 49 del Proyecto del Libro I del Código civil de 1869. Asimismo, proponía para los esponsales el mismo régimen de siete años que, con posterioridad, ordenará el Código civil de 1889 y contenía en sus artículos 28 y 29<sup>536</sup> los futuros artículos 43 y 44.

---

<sup>536</sup> *Vid.*, LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica...*, Vol. II, 1979, *op. cit.*, pp. 549-550.





## CAPÍTULO CUARTO

### DE LOS ESPONSALES A LA PROMESA DE MATRIMONIO: ANTECEDENTES, MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y SISTEMA VIGENTE

#### I. EL CÓDIGO CIVIL DE 1889

El Código civil de 1889, trata de los esponsales de futuro en su Libro I, Título IV *Del matrimonio*, sección segunda, *Disposiciones comunes a las dos formas de matrimonio*, que comprende los artículos 43 y 44<sup>537</sup>.

El artículo 43 refrenda la primera parte del artículo 3 de la Ley de Matrimonio Civil, negando eficacia civil al negocio y transcribe la segunda parte el artículo 47 del Proyecto de 1851 suprimiendo la referencia a los Tribunales eclesiásticos. De modo que la diferencia más destacable que presenta este Código respecto del Proyecto de 1882, radica en la omisión de los términos civil o eclesiástico todavía mantenidos por aquél en su artículo 28. Concretamente, decía el citado precepto: «ningún Tribunal civil o eclesiástico admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento».

Por su parte, el artículo 44 presenta un perfecto paralelismo con el artículo 29 del Proyecto de 1882 y fue prácticamente una fiel reproducción

---

<sup>537</sup> Literalmente era: Artículo 43. «-Los esponsales de futuro no producen obligación de contraer matrimonio. Ningún Tribunal admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento»; Artículo 44. «-Si la promesa se hubiere hecho en documento público o privado por un mayor de edad, o por un menor asistido de la persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio, o si se hubieren publicado las proclamas, el que rehusare casarse, sin justa causa, estará obligado a resarcir a la otra parte los gastos que hubiese hecho por razón del matrimonio prometido. -La acción para pedir el resarcimiento de gestión, a que se refiere el párrafo anterior, sólo podrá ejercitarse dentro de un año, contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio».

del derogado artículo 54<sup>538</sup> del Código civil italiano de 1865, con la única salvedad de la referencia a las proclamas. En este sentido y, sin ánimo de hacer sino más que un breve apunte, conviene precisar que el Código italiano distinguía entre la promesa hecha en documento público o privado y la deducida de las proclamas, mientras que el artículo 44 del Código civil español de 1889 contemplaba una promesa no documentada en el momento de la publicación de las proclamas. Por otra parte, el plazo para ejercitar la obligación de reembolso de gastos, conforme al Código español, se contaba a partir del día de la negativa a la celebración del matrimonio, mientras que en el texto italiano era a partir del día en que la promesa debía ser cumplida. Sin embargo, esta diferencia ha sido salvada, en la actualidad, por el último párrafo del artículo 81 del Código civil italiano de 1942, lo que evidencia un progreso respecto del régimen anterior, ya que modifica la proposición final contenida en su artículo 54.

En definitiva, el artículo 44 regula una determinada forma para la promesa de matrimonio, puesto que exige para su validez que conste en documento público o privado. Disposición que derogó la pragmática de Carlos IV de 1803 en la que se exigía para la validez de los esponsales escritura pública<sup>539</sup>.

## II. LA REFORMA PRACTICADA POR LEY 30/1981, DE 7 DE JULIO: LA DEFINITIVA REDACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 42 Y 43

Los artículos 42 y 43 del Código civil encuentran su precedente mediato, respectivamente, en la Pragmática<sup>540</sup> de 28 dictada por Carlos IV en

---

<sup>538</sup> Cfr., artículo 54 del Código civil italiano de 1865.

<sup>539</sup> *Vid.*, FERRERES, *op. cit.*, p. 39

<sup>540</sup> Este mandato presenta como texto integro el siguiente: «-Los Vicarios eclesiásticos que autorizaren matrimonio, para el que no estuvieren habilitados los contrayentes según los requisitos que van expresados serán expatriados y ocupadas todas sus temporalidades, y en la misma pena de expatriación y en la de confiscación de bienes incurrirán los contrayentes. -En ningún Tribunal eclesiástico ni secular de mis dominios se admitirán demandas de esponsales, si no es que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por sí mismas según los expresados requisitos, y prometidos por escritura pública; y en este caso se procederá en ellas, no como asuntos criminales o mixtos, sino

Aranjuez por Real Decreto de 10 de abril de 1803<sup>541</sup> y, en la Pragmática dictada por Carlos III de 23 de marzo de 1776<sup>542</sup>.

La Ley 30/1981, de 7 de julio, suprime las prohibiciones de casarse; se reduce el matrimonio previo a causa de incapacidad absoluta -artículo 46. 2, destina el capítulo VIII a *La disolución del matrimonio*; elimina las dos «clases» o «formas» de matrimonio que imperaron desde el Código civil de 1889, donde se incluían los derogados artículos 43 y 44, dedicados a los *Esponsales de futuro* y no, en puridad, al matrimonio en sí, los cuales pervivieron con una ubicación equívoca tras la reforma del año 1958 en la sección *Disposiciones comunes a las dos «clases» de matrimonios*. De modo que esta Ley pone fin a esta equívoca ubicación, puesto que se aíslan a los esponsales o promesa de matrimonio de las *Disposiciones generales*, con la adición de un nuevo primer capítulo llamado *De la promesa de matrimonio*, donde se encuentran recogidos, en la actualidad, los artículos 42 y 43 del Código civil.

#### 1. EL ITER PARLAMENTARIO DE LA LEY 30/1981, DE 7 DE JULIO: ANÁLISIS DEL PROCESO DE ELABORACIÓN DEL ARTÍCULO 42

En las líneas siguientes se presentan los pasos seguidos durante el proceso de elaboración sufrido por el artículo 42 desde la presentación por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Justicia en su reunión

---

como puramente civiles» (*Los Códigos Españoles, Concordados y Anotados, T. IX. Novísima Recopilación de las Leyes de España*, T. III, que contiene los Libros Octavo, Noveno, Décimo y Undécimo, Imprenta de la Publicidad a cargo de D. Manuel RIVADENEYRA, Madrid, 1850, p. 320). *Vid.*, también, LAINA GALLEGO, José M<sup>a</sup>: «La pragmática de Carlos IV y el matrimonio de los hijos de familia», *RDPriv.*, 4, 2003, p. 17).

<sup>541</sup> [Novísima Recopilación, Ley XVIII, Título II, Libro X].

<sup>542</sup> Pragmática que exigía como requisito necesario para la validez de los esponsales -para el supuesto de hijos/as de familia menores de veinticinco años- que pidiesen y obtuviesen el consentimiento y el consejo del padre, en defecto de éste, el de la madre, a falta de ambos, el de los abuelos por ambas líneas respectivamente, en ausencia de éstos, el de dos parientes más cercanos mayores de edad y, en defecto de todos los anteriores, el del tutor o curador [Novísima Recopilación, Ley IX, Título II, Libro X] y, *vid.*, *Los Códigos Españoles...*, *op. cit.*, pp. 314-315. *Vid.*, también, LAINA GALLEGO, «La pragmática de Carlos...», *op. cit.*, pp. 1 y ss., donde se realiza un análisis objetivo del sistema ofrecido por la pragmática de Carlos III de 1776 y las modificaciones introducidas por la pragmática de Carlos IV de 1803.

de día 25 de enero de 1980, del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, hasta la aprobación definitiva de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por el Pleno del Congreso de Diputados en la sesión celebrada el día 22 de junio de 1981.

Esta Reforma que hace referencia al Título IV del Libro I del Código civil, relativo al matrimonio, parte de postulados sociales, constitucionales y jurídicos con la finalidad de actualizar el texto legal con el mayor respeto hacía la institución familiar y el matrimonio. Además esta reforma realizada con criterios realistas y ponderados como respuesta a las reiteradas exigencias sociales que solicitaban un reconocimiento jurídico de aquellas situaciones sociales distintas que no aparecían reguladas en las leyes, supera la disociación existente entre la vida y la norma que tan negativos efectos originaba desde el punto de vista social.

En el Proyecto de Ley remitido a las Cortes por el Consejo de Ministros, el artículo 42 quedó incardinado en el capítulo I *De la promesa de matrimonio*; del Título IV, del Libro I del Código civil. Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, por orden del día 4 de marzo de 1980<sup>543</sup>. Su texto se presentó en los siguientes términos:

«La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo. No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento».

#### **A. Informe de la Ponencia**

El Informe redactado por la Ponencia tras el estudio del Proyecto de Ley y de las enmiendas presentadas fue elevado a la Comisión de Justicia y, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, por orden del día 3 de

---

<sup>543</sup> *Vid.*, Boletín de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados, de 13 de marzo de 1980, Serie A: Proyectos de Ley, n. 123-I, pp. 855-856.

diciembre de 1980<sup>544</sup>. Informe en el que se propuso la aceptación de la enmienda 292, presentada por el portavoz del Grupo Parlamentario Socialista Gregorio PECES BARBA y la inadmisión de la enmienda número 5 formulada por el portavoz del Grupo de Coalición Democrática Manuel FRAGA IRIBARNE. La redacción fijada por el informe se presentó en los siguientes términos:

«La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración. No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento».

## **B. Dictamen de la Comisión y su aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados**

La Comisión de Justicia tras examinar el Proyecto de Ley conforme al Informe emitido elevó el Dictamen a la Mesa del Congreso, el cual fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, por orden del día 23 de diciembre de 1980<sup>545</sup>.

Este Dictamen emitido por la Comisión de Justicia sobre el Proyecto de Ley, fue aprobado en la sesión celebrada el día 7 de abril de 1981, por el Pleno del Congreso de los Diputados<sup>546</sup>. El texto se presentó en los siguientes términos:

«Artículo 42. La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiese estipulado para el supuesto de su no celebración. No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento».

---

<sup>544</sup> *Vid.*, Boletín de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados, de 6 de diciembre de 1980, Serie A: Proyectos de Ley, n. 123-I, pp. 868/1-868/2.

<sup>545</sup> *Vid.*, Boletín de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados, de 30 de diciembre de 1980, Serie A: Proyectos de Ley, n. 123-II, p. 868/23.

<sup>546</sup> El 8 de abril de 1981, se ordenó la publicación de dicho Dictamen en Boletín Oficial de las Cortes Generales (*vid.*, Boletín de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados, de 20 de abril de 1981, Serie A: Proyectos de Ley, n. 123-III, p. 868/41).

### C. Enmiendas presentadas por los portavoces de los grupos parlamentarios

Tres fueron las enmiendas presentadas a la Mesa del Congreso de los Diputados, publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, por orden del día 8 de enero de 1981<sup>547</sup>. Son las enmiendas números 5 del Grupo Parlamentario de Coalición Democrática<sup>548</sup>; 292<sup>549</sup> del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso<sup>550</sup> y, 59 y 60<sup>551</sup> del Grupo Parlamentario Comunista<sup>552</sup>.

---

<sup>547</sup> *Vid.*, Boletín de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados, de 15 de enero de 1981, Serie A: Proyectos de Ley, n. 123-II, pp. 868/39-868/41.

<sup>548</sup> Esta enmienda fue mantenida para su defensa en Pleno, por el gallego Manuel FRAGA IRIBARNE el 22 de diciembre de 1980.

<sup>549</sup> Esta enmienda introdujo en el Congreso una cláusula que no estaba incluida en el Proyecto, en los siguientes términos: «-Ni de cumplir lo que se hubiese estipulado para el supuesto de su no celebración». Su motivación se encuentra en que la no generación de cumplimiento de la obligación civil, debe extenderse al caso en que se haya convenido cualquier tipo de prestación para el supuesto de su no cumplimiento (Congreso de Diputados. Enmiendas, p. 1353).

<sup>550</sup> Su discusión en Pleno, fue mantenida por el madrileño Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ el 23 de diciembre de 1980.

<sup>551</sup> Las enmiendas del Grupo Comunista presentadas por la Diputada BRAVO CASTELLS, habían solicitado la supresión de los esponsales, argumentando que se trataban de una institución anacrónica y desfasada. Por su parte, la Diputada PELAYO DUQUE en su contestación, ofreció la razón que motivó su conservación: «Que se trate de una institución arcaica o no, no entramos en ese tema [...] lo que tratamos aquí es de restringir precisamente los efectos que, de no existir esta regulación de la promesa de matrimonio en los artículos 42 y 43 del Código civil, se podrían derivar por la aplicación, el uso o la invocación del artículo 1.902 del Código civil [...] estos artículos lo que pretenden es una restricción a los efectos del incumplimiento por una de las partes de la promesa de matrimonio. Sólo son indemnizables los gastos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio proyectado [...]. Con esto hemos creído resolver un problema que estaba planteando en la práctica y que había planteado también la doctrina [...] este precepto a nuestro juicio elimina la posibilidad de que el incumplimiento de la promesa de matrimonio, permita acudir al artículo 1.902 del Código civil» (*vid.*, los debates del Congreso publicados en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, de 18 de mayo de 1981, pp. 9468 y ss.).

<sup>552</sup> Estas últimas fueron mantenidas para su defensa y votación ante el Pleno, por el catalán Jordi SOLÉ TURA el 23 de diciembre de 1980.

#### D. Texto remitido por el Congreso de los Diputados a la Cámara del Senado

El 21 de abril de 1981<sup>553</sup> entró en la Cámara del Senado, presidida por Cecilio VALVERDE MAZUELAS, el texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados sobre el Proyecto de Ley. Su envío a la Comisión de Justicia e Interior fue acordado por la Mesa del Senado y, para la presentación de enmiendas se comunicó el término del plazo.

Las enmiendas presentadas a la Mesa del Senado<sup>554</sup> fueron publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales por orden del día 11 de mayo de 1981 y, registradas con los números 2 del Grupo Mixto; 79 del Grupo de Unión de Centro Democrático y, 86 del Grupo de Unión de Centro Democrático.

La enmienda número 2 propuso reunir en un único precepto lo concerniente a la promesa de matrimonio –artículo 43-, con la finalidad de mejorar la redacción del Proyecto. Se formuló en los siguientes términos:

«Artículo 43. Se formula el siguiente texto: La promesa de matrimonio no crea la obligación jurídica de contraerlo. El incumplimiento de la promesa, sin justa causa, dará lugar a indemnizar los daños ocasionados. La acción caducará por el transcurso de un año a contar desde la negativa a contraer el matrimonio prometido».

La enmienda número 79 que planteaba que los efectos jurídicos de la promesa de matrimonio se determinasen en el artículo 43, se justifica en que con la nueva redacción quedan delimitados los efectos jurídicos de la promesa de matrimonio más escueta y técnicamente expuestos. Su redacción fue la siguiente:

---

<sup>553</sup> *Vid.*, Boletín de las Cortes Generales del Senado, de 21 de abril de 1981, Serie II: Proyectos y Propositiones de Ley remitidos por el Congreso de los Diputados, n. 161 (a), (Congreso de Diputados, Serie A, n. 123), p. 1.

<sup>554</sup> *Vid.*, Boletín de las Cortes Generales del Senado, de 14 de mayo de 1981, Serie II: Proyectos y Propositiones de Ley remitidos por el Congreso de los Diputados, n. 161 (c), (Congreso de Diputados, Serie A, n. 123), pp. 35, 75, 79 y 102.

«Artículo 42. Debe decir: La promesa de matrimonio no produce otro efecto jurídico que el resarcimiento de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. La acción caducara al año desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio».

Y, la enmienda número 86 proponía la supresión del artículo 42, debido a su innecesaridad conforme a lo dispuesto en el artículo 44.

Tras el estudio del Proyecto de Ley y de las mencionadas enmiendas la Ponencia emitió un Informe que elevó a la Comisión de Justicia e Interior, publicado por orden del día 3 de junio de 1981 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales<sup>555</sup>, en el que se rechazaron las enmiendas propuestas a la Mesa del Senado. Este Informe fue emitido en los siguientes términos:

«Al precepto se han presentado las enmiendas registradas con los números 2, del Senador PINILLA TURINO; 79, del Senador URIBARRI MURILLO, y 86, del Senador HERRERO ARCAS Y OTROS SEÑORES SENADORES.

La enmienda número 2 propone que dicho artículo 42 precise los fines del matrimonio. La ponencia considera que no debe aceptarse esta enmienda porque la finalidad del matrimonio no es sólo crear una familia.

La enmienda número 79 propone que se determinen en el artículo 43 los efectos jurídicos de la promesa de matrimonio. La ponencia considera preferible el texto del Proyecto, que resulta más clarificador a tales efectos.

La enmienda número 86 propone la supresión del artículo 42. La ponencia no puede aceptar esta enmienda por considerar que la

---

<sup>555</sup> *Vid.*, Boletín de las Cortes Generales del Senado, de 8 de junio de 1981, Serie II: Proyectos y Propositiones de Ley remitidos por el Congreso de los Diputados, n. 161 (d), (Congreso de Diputados, Serie A, n. 123), p. 153.



promesa ha de producir determinados efectos jurídicos y que son necesarias las especificaciones contempladas en el Proyecto».

De lo anterior, la Comisión de Justicia e Interior emitió su Dictamen<sup>556</sup>, en los siguientes términos:

«La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiese estipulado para el supuesto de su no celebración. No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento».

### **E. Aprobación definitiva del Texto del Proyecto de Ley por el Congreso de los Diputados**

El 29 de junio de 1981, Landelino LAVILLA ALSINA, Presidente del Congreso de los Diputados, ordenó la publicación del Texto definitivo del Proyecto de Ley, aprobado por el Pleno del Congreso de Diputados en su sesión del 22 de junio de 1981<sup>557</sup>.

La redacción definitiva del artículo 42 del Código civil quedó como sigue: «La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiese estipulado para el supuesto de su no celebración. No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento».

### **F. Consideraciones finales**

En suma, la redacción del artículo 42 dada por la Ponencia del Congreso de Diputados es la que prevalecerá en el texto definitivo y, conforme al primitivo artículo 43 del Código civil de 1889 que sentaba la no obligatoriedad de contraer matrimonio y la inadmisibilidad de la demanda, las novedades más significativas consistieron en señalar –en la línea del

---

<sup>556</sup> *Vid.*, Boletín de las Cortes Generales del Senado, de 12 de junio de 1981, Serie II: Proyectos y Propositiones de Ley remitidos por el Congreso de los Diputados, n. 161 (e), (Congreso de Diputados, Serie A, n. 123), pp. 133-134.

<sup>557</sup> *Vid.*, Boletín de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados, de 6 de julio de 1981, Serie A: Proyectos de Ley, n. 123-IV, p. 868/59.

artículo 3 de la Ley de Matrimonio civil de 1870- que tampoco había obligación de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de no celebración y en la desaparición del término de los «esponsales de futuro», sin embargo, esta inexistencia de obligación de contraer matrimonio ya venía establecida en el artículo 28 del Proyecto de Libros I y II de 1882. Este Proyecto presentado a las Cortes por Manuel ALONSO MARTÍNEZ, acopiaba el espíritu del artículo 47<sup>558</sup> del Proyecto del Código civil de GARCÍA GOYENA, recogido en Título III *Persona y Derecho de Familia*; del Libro I *Del matrimonio*.

En definitiva, en la nueva Ley no hay realmente un cambio sustancial del criterio respecto de la derogada, sino una colocación sistemática más idónea de los preceptos, así como el abandono de la terminología «esponsales de futuro»<sup>559</sup> por el término «promesa de matrimonio» y, la aclaración de algunos extremos en la forma ya admitida por la doctrina. Además, todo ello conserva las opciones básicas tradicionales en nuestro Derecho, consistentes en la negación de toda fuerza vinculante a la promesa de matrimonio. Por tanto, el legislador, a partir de la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, regula en el artículo 42 la materia antes contenida en el derogado artículo 43 «esponsales de futuro».

### III. LA DEFINITIVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 43

En relación al artículo 43, la Ponencia encargada de redactar el informe relativo al Proyecto de Ley, elevó a la Comisión tras la aceptación parcial de las enmiendas números 217 del Grupo Andalucista; 251 del Grupo

---

<sup>558</sup> Cfr., artículo 47 del Proyecto del Código civil de GARCÍA GOYENA.

<sup>559</sup> *Vid.*, LUNA SERRANO, Agustín: «Matrimonio y Divorcio» en *El nuevo régimen de la familia*. José Luis LACRUZ BERDEJO, Francisco SANCHO REBULLIDA, Antonio LUNA SERRANO, Jesús DELGADO ECHEVERRÍA y Francisco RIVERO HERNÁNDEZ (coord.), Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil, Madrid, 1982, p. 39.

Socialista de Cataluña; 293 del Grupo socialista y, 335 del Grupo Vasco, el siguiente Informe<sup>560</sup>:

«Artículo 43. El incumplimiento sin causa de la promesa seria de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio».

Redacción que prevalecerá en el texto definitivo, salvo algún retoque posterior significativo. Así, en la Comisión<sup>561</sup> del Congreso se añade el adverbio «sólo» cuya finalidad será reforzar la norma, no siendo el texto del precepto objeto de variación alguna en el pleno del Congreso<sup>562</sup>. Mientras que en el Senado la aceptación de las enmiendas<sup>563</sup> número 80 y 82 presentadas respectivamente por los Senadores Antonio ROSÓN PÉREZ y Emilio CASALS PARRAL -ambos pertenecientes al Grupo de Unión de Centro Democrático- supondrán la sustitución de la palabra «seria» por «cierta»<sup>564</sup>, lo que originará un cambio transcendental, en el precepto.

---

<sup>560</sup> *Vid.*, Boletín de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados, de 6 de diciembre de 1980, Serie A: Proyectos de Ley, n. 123-I, pp. 868/1-868/2.

<sup>561</sup> *Vid.*, Boletín de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados, de 30 de diciembre de 1980, Serie A: Proyectos de Ley, n. 123-II, pp. 868/23-868/24.

<sup>562</sup> *Vid.*, Boletín de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados, de 20 de abril de 1981, Serie A: Proyectos de Ley, n. 123-III, p. 868/42.

<sup>563</sup> Sobre el debate de las enmiendas, así como su justificación, *vid.*, Boletín de las Cortes Generales del Senado, de 14 de mayo de 1981, Serie II: Proyectos y Propositiones de Ley remitidos por el Congreso de los Diputados, n. 161 (c), (Congreso de los Diputados, Serie A, n. 123), pp. 75-77.

<sup>564</sup> *Vid.*, Boletín de las Cortes Generales del Senado, de 8 de junio de 1981, Serie II: Proyectos y Propositiones de Ley por el Congreso de los Diputados, n. 161 (d), (Congreso de Diputados, Serie A, n. 123), p. 102.

Conforme a lo anterior el dictamen emitido por la Comisión<sup>565</sup> de Justicia e Interior fue el siguiente:

«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 las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio».

En definitiva, éste será el Texto definitivo del Proyecto de Ley, aprobado por el Pleno del Congreso de Diputados en su sesión del 22 de junio de 1981<sup>566</sup>, publicado el 29 de junio de 1981, por orden del Presidente del Congreso de Diputados Landelino LAVILLA ALSINA.

#### **IV. LA PROMESA DE MATRIMONIO: ORDENACIÓN SISTEMÁTICA Y NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA REFORMA PRACTICADA POR LEY 30/1981, DE 7 DE JULIO**

Como ya se ha indicado anteriormente con la ordenación sistemática del Código civil español de 1889, las previsiones dedicadas a la promesa futura de matrimonio, se integraban en el Libro I, Título IV *Del matrimonio*, sección segunda, *Disposiciones comunes a las dos formas de matrimonio*. En esta segunda sección se incluían los artículos 43 y 44, dedicados como decimos, a los «Esponsales de futuro» y no, en puridad, al matrimonio en sí<sup>567</sup>. Esta ordenación sistemática y la redacción de la figura perviven pese a

---

<sup>565</sup> *Vid.*, Boletín de las Cortes Generales del Senado, de 12 de junio de 1981, Serie II: Proyectos y Propositiones de Ley remitidos por el Congreso de los Diputados, n. 161 (e), (Congreso de Diputados, Serie A, n. 123), p. 134.

<sup>566</sup> *Vid.*, Boletín de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados, de 6 de julio de 1981, Serie A: Proyectos de Ley, n. 123-IV, p. 868/59.

<sup>567</sup> Literalmente era: Título IV *Del matrimonio*, Capítulo Primero *Disposiciones generales, Sección primera. De las formas del matrimonio*: Artículo 42. «-La Ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código»; *Sección segunda. Disposiciones comunes a las dos formas de matrimonio*: Artículo 43. «-Los esponsales de futuro no producen obligación de contraer matrimonio. Ningún Tribunal admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento»; Artículo 44. «-Si la promesa se hubiere

la reforma del año 1958 dedicada, fundamentalmente al régimen del matrimonio. Con todo, las rúbricas de las secciones se retocan y los artículos 43 y 44 pasan a encabezar la sección denominada *Disposiciones comunes a las dos <clases> de matrimonios*<sup>568</sup>.

La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, pondría fin a esta equívoca ubicación y los esponsales o promesa de matrimonio se aíslan de las Disposiciones generales, con la adición de un nuevo primer Capítulo intitulado «De la promesa de matrimonio»<sup>569</sup>.

De modo que, en la actualidad, la promesa de matrimonio se encuentra recogida en los artículos 42<sup>570</sup> y 43<sup>571</sup>, de conformidad a la

---

hecho en documento público o privado por un mayor de edad, o por un menor asistido de la persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio, o si se hubieren publicado las proclamas, el que rehusare casarse, sin justa causa, estará obligado a resarcir a la otra parte los gastos que hubiese hecho por razón del matrimonio prometido. -La acción para pedir el resarcimiento de gestión, a que se refiere el párrafo anterior, sólo podrá ejercitarse dentro de un año, contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio».

<sup>568</sup> Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código civil (BOE 99, de 25 de abril de 1958).

<sup>569</sup> *Vid.*, ABAD ARENAS, Encarnación y MORETÓN SANZ, M.<sup>a</sup> Fernanda: «Responsabilidad por ruptura de promesa de matrimonio: Acción de resarcimiento de gastos y Obligaciones por el incumplimiento sin causa de los esponsales», en *RCDI*, 739, pp. 3496-3521; MARTÍN LÓPEZ, Juan José: «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), Pamplona, 209, 3.<sup>a</sup> ed., pp. 164-165; ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel: «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código civil», en *Comentarios al Código Civil*, Joaquín RAMS ALBESA, y Rosa M.<sup>a</sup> MORENO FLÓREZ (coord.), Bosch, Barcelona, 2000, p. 472; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código civil», en la obra *Matrimonio y divorcio. Comentario al nuevo Título IV del Libro Primero del Código civil*, José Luis LACRUZ BERDEJO (coord.), Civitas, Madrid, 1994, 2.<sup>a</sup> ed., p. 46.

<sup>570</sup> «-La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración. -No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento».

<sup>571</sup> «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 las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. -Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio».

redacción dada por la Ley 30/1981. Con esta nueva ordenación, se evita la confusión normativa con el matrimonio y se configura como una institución distinta aunque, evidentemente, relacionada con él.

Sin embargo, y pese a la distinta redacción de estos preceptos, las soluciones jurídicas son básicamente coincidentes con las que hasta ahora estaban en vigor. Por otra parte, aunque las modificaciones no suponen un cambio sustancial, conviene subrayar que introducen ciertas novedades de detalle, tanto en relación con la irrelevancia de la promesa de matrimonio, como en la trascendencia de su incumplimiento en el ámbito patrimonial.

Por cuanto atañe al artículo 42 del Código civil, ofrece ciertas semejanzas con el derogado artículo 43 del Código civil de 1889. Se diferencia de éste, además de por su distinta redacción en sentido gramatical, por la modificación terminológica sufrida por la institución, debido a que «la promesa de matrimonio» es la nomenclatura que modifica la tradicional de «esponsales de futuro» a que se refería -siguiendo la tradición romano-católica- el derogado precepto. Terminología sustituida tras la reforma practicada por Ley 30/1981.

Por otra parte, en su párrafo primero se introduce la disposición de que no obliga a «cumplir lo que se hubiese estipulado para el supuesto de su no celebración», lo que divide la norma en dos párrafos<sup>572</sup>. Esto ha motivado otra modificación por razones de sistemática legislativa, consistente en convertir el anterior inciso segundo del derogado artículo 43 del Código civil de 1889, con ligeras modificaciones de redacción en el párrafo segundo del vigente artículo 42 del Código civil.

---

<sup>572</sup> En este sentido, GARCÍA CANTERO, Gabriel (en «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código civil» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. II. Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), edición de acuerdo con la Ley 7 de julio de 1981, Revista de Derecho Privado, Edersa, Madrid, 1982, 2.ª ed., p. 22) añade que «al haber desaparecido el tratamiento normativo del sistema matrimonial la materia de la promesa de matrimonio ha heredado el famoso numeral 42, que tanta literatura suscitó anteriormente».

En el párrafo segundo del precepto, se suprime la referencia a «Ningún Tribunal» contenido por el derogado artículo 43, eliminándose la problemática suscitada durante la vigencia del régimen anterior respecto de si dicha referencia que era vinculante a los órganos jurisdiccionales civiles, también era extensible a los eclesiásticos y, en consecuencia, con el nuevo texto se evitan problemas de pronunciamientos sobre competencias de los tribunales de otros órdenes judiciales.

El artículo 43 del Código civil aunque comporta ciertas modificaciones de detalle en relación con la anterior regulación, lo cierto es que también presenta ciertas semejanzas con el derogado artículo 44. Sin embargo, el vigente artículo 43, presenta una novedad sustancial en la determinación de los requisitos de la promesa de matrimonio, por lo que sus cambios son de mayor transcendencia que los realizados por el artículo 42 del Código civil<sup>573</sup>. Con esta redacción y con la finalidad de evitar hacer referencias a la antigua institución, se suprime, de una parte, la antigua exigencia de que la promesa «se hubiere hecho en documento público o privado»<sup>574</sup> y, de otra, el supuesto de que «se hubieren publicado las proclamas».

Por tanto, el legislador sustituye –con acierto– los requisitos de forma –documentos y proclamas– por el adjetivo de que la promesa de matrimonio

---

<sup>573</sup> Vid., ABAD ARENAS, Encarnación y MORETÓN SANZ, M.<sup>a</sup> Fernanda: «Responsabilidad por ruptura de promesa de matrimonio: Acción de resarcimiento de gastos y Obligaciones por el incumplimiento sin causa de los esponsales», en *RCDI*, 739, pp. 3496-3521; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho Civil. I. Parte General y Derecho de la persona*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, 18.<sup>a</sup> ed., pp. 179 y ss.; *Principios de Derecho Civil. VI. Derecho de familia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, 11.<sup>a</sup> ed., pp. 31 y ss., CARRASCO PERERA, Ángel: *Lecciones de derecho civil. Derecho de Familia*, Madrid, 2013, p. 43; ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 472; DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 46; LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco y RAMS ALBESA, Joaquín: *Elementos de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*, Vol. I, José M.<sup>a</sup> Bosch ed., Barcelona, 1990, 3.<sup>a</sup> ed. (reimpresión actualizada), p. 99; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*, Edisofer, Madrid, 2006, 10.<sup>a</sup> ed., p. 37; VIVO DE UNDABARRENA, Enrique: *El nuevo derecho matrimonial. Estudio de la Reforma de los Códigos Español y Canónico (Latino y Oriental)*, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 1997, pp. 47-48; GARCÍA CANTERO, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 29.

<sup>574</sup> Esta exigencia configurada como un clásico instrumento esponsalicio que requería su formulación en documento, era exigido para la validez de los esponsales –no tratándose de un simple medio de prueba–.

sea «cierta», dándose a la institución un mayor alcance práctico, puesto que, en la actualidad, el artículo 43 posee un campo de aplicación más extenso que su precedente, ya que facilita la configuración del supuesto constitutivo de la obligación. Se introduce el principio de libertad de forma en la promesa de matrimonio.

Por otra parte, se sustituye la asistencia que correspondía al menor, por la referencia al «menor emancipado», homologando el requisito con la capacidad para contraer matrimonio en los términos previstos por el párrafo primero del artículo 46<sup>575</sup> del Código civil. De modo que tras la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, el incumplimiento de la promesa de matrimonio necesariamente –para configurar el nacimiento de la obligación- deberá provenir de persona mayor de edad o de menor emancipado, ya que, en principio, únicamente estas personas son hábiles para contraer matrimonio.

En síntesis, se elimina esta doble y antigua exigencia de constancia documental –la cual se encontraba acompañada de un requisito de edad o asistencia- por la de promesa «cierta» de matrimonio –circunscrita ésta a la realizada por mayores de edad o menores emancipados-.

En particular, llama la atención la falta de uniformidad que presenta el legislador, puesto que en el artículo 42 del Código civil simplemente se hace referencia a «La promesa de matrimonio [...]», sin exigir la certeza de ésta.

Otras particularidades que presenta el nuevo precepto se concretan en las siguientes: se sustituye la «justa causa» por «causa», de modo que ahora la causa del incumplimiento, ya no tiene la calificación de «justa»; se añade al precepto el adverbio «sólo», lo que refuerza el sentido de la norma y subraya la excepcionalidad del precepto y, finalmente, se adiciona a la mención de los «gastos hechos» la aclaración de la obligación de la carga de resarcir las «obligaciones contraídas» en consideración al matrimonio prometido - aunque la doctrina mayoritaria bajo la vigencia del antiguo artículo 44 del

---

<sup>575</sup> «-No pueden contraer matrimonio: -1. Los menores de edad no emancipados».



Código civil de 1889 ya lo entendía así-. De modo que, en la actualidad, se incluirán en los gastos, no solamente los desembolsos efectivamente realizados, sino también las obligaciones que hayan sido contraídas a causa del matrimonio proyectado.

En el segundo y último párrafo del precepto, se indica de forma expresa que la acción para exigir el resarcimiento de los «gastos hechos» y «obligaciones contraídas» está sujeta a caducidad. Aclaración por el legislador español –a diferencia de la legislación italiana- que elimina las controversias doctrinales suscitadas durante la vigencia del régimen anterior sobre si el carácter del plazo de un año al que aludía el precepto era de prescripción o caducidad.

En suma, la nueva redacción no implica tanto una profunda transformación del régimen precedente, como una sistemática más idónea de los preceptos, el abandono de la terminología «esponsales de futuro»<sup>576</sup> por el término «promesa de matrimonio» y, la aclaración de algunos extremos en la forma ya admitidos por la doctrina.

En síntesis, los cambios y modificaciones mencionadas no afectan al fondo de la institución y se conserva la opción básica de nuestro Derecho sobre la negación de toda fuerza vinculante a la promesa de matrimonio y la previsión de una limitada indemnización en ciertos supuestos.

## **V. VALOR JURÍDICO DE LA PROMESA DE MATRIMONIO**

La negativa de reconocer valor jurídico a los esponsales es histórica en el ordenamiento jurídico español, debido a que arranca de la Base tercera<sup>577</sup> de las Bases del Código civil aprobadas por la Comisión General de Códigos presentadas al Gobierno el 7 de marzo de 1844, por iniciativa de GARCÍA GOYENA. Esta base, convertida con posterioridad en el artículo 47 del Proyecto del Código civil de 1851, se justificaba, en que los esponsales eran

---

<sup>576</sup> *Vid.*, LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 39; DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 39.

<sup>577</sup> Cfr., Base tercera de las Bases del Código civil.

configurados como un medio para lograr fines inconfesables; carecían de eficacia coactiva; atentaban a la libertad de matrimonio y, planteaban problemas de competencias<sup>578</sup>.

Esta fórmula legal que no entra en la validez del negocio, sino que se limita a la cuestión de la eficacia jurídica se completa con la inadmisibilidad general de la demanda, debido a que utiliza el mecanismo empleado por la Pragmática de 28, dictada por Carlos IV en Aranjuez por Real Decreto de 10 de abril de 1803, por lo que será a partir de ese momento, cuando la negación del valor jurídico o negocial de los esponsales se convierta definitivamente en una constante del proceso codificador.

De lo expuesto se sigue que el Código civil no fue el primer Cuerpo de Leyes que eliminó de forma terminante la eficacia de la promesa de matrimonio, puesto que su origen dimana de la Ley XVIII, Título II, Libro X. Esta Ley prohíbe la admisión de demandas sobre el cumplimiento de esta figura jurídica, al no estar otorgadas por personas hábiles para contraer los esponsales por sí mismas, constando la estipulación en escritura pública<sup>579</sup>.

Por otra parte, la ineficacia de los esponsales contenida en el artículo 47 del Proyecto del Código civil de 1851 sería corroborada en el precepto 49 del Proyecto del Libro I del Código civil presentado a las Cortes el 19 de

---

<sup>578</sup> *Vid.*, en esta materia, las aportaciones de GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del profesor José Luis LACRUZ BERDEJO, y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Cometa, Zaragoza, 1974, pp. 35 y ss.

<sup>579</sup> En este sentido, MANRESA Y NAVARRO, José M.<sup>º</sup> (en *Comentarios al Código civil español*, T. I, con la colaboración de varios juristas y una introducción de Francisco DE CÁRDENAS, edición corregida, aumentada, revisada y puesta al día con una introducción sobre *Las nuevas orientaciones del derecho civil español* por Pascual MARÍN PÉREZ, Ed. Reus, Madrid, 1987, 7.<sup>ª</sup> ed., p. 413) sostiene que «resulta innegable que los esponsales coartaban el libre consentimiento en el matrimonio, creaban una situación de fuerza y daban al hábil seductor los medios para mejorar de fortuna. Por lo que, basta el examen de la legislación que sucesivamente ha merecido para hacer el proceso de la institución». También, *vid.*, las aportaciones de GARCÍA VARELA, Román: «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código civil», en *Comentario del Código Civil*, Ignacio GIL DE LA CUESTA (coord), Bosch, Barcelona, 2000, pp. 631 y ss.

mayo de 1869. Sin embargo, esta posición codificadora adquiriría fuerza legal con el artículo 3<sup>580</sup> de la Ley Provisional de Matrimonio Civil de 21 de junio de 1870, presentado por el Ministro de Gracia y Justicia Eugenio MONTERO RÍOS. Precepto que presentaba las siguientes particularidades: a) La extensión de la ineficacia tanto a las cláusulas penales, como a cualesquiera otras que en ella se estipulen; b) su fundamento se centraba en el principio de libertad de matrimonio.

No obstante, será con posterioridad el artículo 5<sup>581</sup> del Decreto del Ministerio-Regencia de 9 de diciembre de 1875, el que reduzca el ámbito de la negativa del valor jurídico de los esponsales, debido a la inaplicabilidad de la Ley de Matrimonio Civil de 1870. Por otra parte, este Decreto que declaró inaplicable dicha Ley a los matrimonios canónicos, se presentaba como una excepción dentro de la tendencia negadora de los esponsales, puesto que su artículo 6<sup>582</sup> la continuaba considerando aplicable a los matrimonios civiles para los que no profesasen la religión católica. Se restablece la fuerza de los esponsales para los católicos<sup>583</sup>.

En cualquier caso, también conviene añadir que, en la actualidad se niega eficacia a la promesa de matrimonio, en el párrafo 2 del vigente canon 1.062<sup>584</sup> del Código de Derecho Canónico.

## **1. EL VALOR JURÍDICO DE LA PROMESA DE MATRIMONIO TRAS LA REFORMA PRACTICADA POR LEY 30/1981, DE 7 DE JULIO**

Con la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, persiste la negación a la promesa de matrimonio del carácter de fuente de la obligación para contraer matrimonio. La promesa comporta el compromiso de contraer

---

<sup>580</sup> «-Tampoco producirán obligación civil la promesa de futuro matrimonio cualesquiera que sea la forma y solemnidades con que se otorgue, ni las cláusulas penales ni cualesquiera otras que en ella se estipulen» (Gaceta de Madrid, de 21 de junio de 1870, Año CCIX, n. 172, p. 364).

<sup>581</sup> Cfr., artículo 5 del Decreto del Ministerio-Regencia de 9 de diciembre de 1875.

<sup>582</sup> Cfr., artículo 6 del Decreto del Ministerio-Regencia de 9 de diciembre de 1875.

<sup>583</sup> *Vid.*, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1991, *op. cit.*, p. 257.

<sup>584</sup> Cfr., canon 1.062. 2 del Código de Derecho Canónico, de 25 de enero de 1983.

matrimonio con una persona, en el entendido que, jurídicamente, no hay obligación de contraer nupcias, sino tan solo de indemnizar, caso de que se dé un incumplimiento sin causa<sup>585</sup>. En concordancia a la ausencia de obligación no se reconoce acción judicial mediante la que se pueda pretender la exigencia de su cumplimiento<sup>586</sup>.

Por tanto, con el artículo 42 del Código civil se niega toda trascendencia jurídica a un fenómeno de la vida social, reforzada la negativa al prohibir en su párrafo segundo la admisión «a trámite<sup>587</sup>» de la demanda que persiga su cumplimiento. Este precepto que recoge la vieja tradición codificada consistente en que la promesa de matrimonio no es un negocio jurídico, se encuentra afirmado tanto en el ámbito civil, al negarle efectos jurídicos, como en el ámbito procesal, al prohibir la admisión a trámite de la demanda, lo que cierra el paso a su ejercicio en juicio<sup>588</sup>. De modo que la promesa aunque queda fuera del ámbito del Derecho -sin que suponga la prohibición de su celebración- se mantiene como un acto humano de la vida social<sup>589</sup>.

Para DELGADO ECHEVERRÍA la promesa de matrimonio se encuentra generalizada en la vida social, debido a que resulta difícil pensar que se

---

<sup>585</sup> Cfr., artículo 43 del Código civil.

<sup>586</sup> *Vid.*, GARCÍA VARELA, *op. cit.*, p. 609; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Código Civil: Comentario y con Jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2001, 2.ª ed., p. 100.

<sup>587</sup> En este sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, afirma que: ««A trámite» es expresión introducida por el legislador de 1981, que no altera en nada, aunque contribuye a aclarar, lo que ya decía el Código desde 1888» («Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 40).

<sup>588</sup> *Vid.*, en la misma línea, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1991, *op. cit.*, p. 257.

<sup>589</sup> Sobre esta argumentación, LLEDO YAGÜE, Francisco (en «La Promesa de Matrimonio», en *Compendio de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*. Corregida y adaptada a las Leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, de 8 de julio, Oscar MONJE BALMASEDA (coord.), Dickinson, Madrid, 2005, 2.ª ed., p. 34) mantiene que «se constituye como un acto social carente de eficacia vinculante. También, ROCA I TRIAS, Encarna; BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula; CLEMENTE MEORO, Mario; LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel; MONTÉS PENADÉS, Vicente; PRATS ALBENTOSA, Lorenzo y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.ª Rosario (en *Derecho de Familia*, Encarna ROCA I TRIAS (coord.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, 3.ª ed., p. 59) afirman que «se trata de un acto de la vida social desregulado».

llegue al momento de la boda sin tener la seguridad -basada en su promesa- de que la otra parte prestará su consentimiento. Por tanto, no duda de que: «Lo que ocurre es que el Derecho a tal promesa no le reconoce obligatoriedad alguna siendo la ineficacia de ésta consecuencia directa de la falta de acogida en el plano jurídico de un fenómeno exclusivamente social»<sup>590</sup>.

En definitiva, esta absoluta ineficacia, con independencia del régimen jurídico según el cual se haya celebrado la forma, ni implica conflicto alguno entre la legislación civil y la canónica, ya que esta última también declara la ineficacia de la promesa de matrimonio<sup>591</sup>, ni supone ninguna valoración de carácter negativo por parte del Derecho respecto de quien promete contraer nupcias. A la promesa de matrimonio no se le atribuye un juicio negativo, puesto que no se rechaza ni su contenido ni su finalidad. Antes bien, el ordenamiento jurídico asume la existencia social, pero ajeno al campo jurídico, por lo que se trata de una figura cuya esencia es extrajurídica<sup>592</sup>. Esencia extrajurídica, que a diferencia de lo que ocurre en otros países<sup>593</sup> requiere del análisis de los determinados presupuestos configuradores de una obligación de indemnizar.

Por su parte, la mayoría de la doctrina<sup>594</sup> entiende que con esta negación de efectos jurídicos, se hace referencia a cualquier tipo de promesa

---

<sup>590</sup> «Comentarios a los artículos..., *op. cit.*, p. 41.

<sup>591</sup> *Vid.*, GARCÍA VARELA, *op. cit.*, p. 609; BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos..., 1991, *op. cit.*, p. 257; DE LA IGLESIA MONJE, M.<sup>a</sup> Isabel: «Los esponsales en la actualidad», en *RCDI*, 700, 2007, p. 811 y, Parágrafo 2 del canon 1.062 del Código de Derecho Canónico de 25 de enero de 1983.

<sup>592</sup> *Vid.*, en este sentido, ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 468; DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos..., *op. cit.*, pp. 41 y ss.

<sup>593</sup> En Alemania se apoya el análisis negocial o contractual de la figura, debido a que en el parágrafo 1.297 del BGB se establece que como consecuencia de los esponsales no se puede reclamar la celebración del matrimonio, por lo que un importante sector doctrinal mantiene que la inexigibilidad no determina la inexistencia de obligación jurídica, puesto que se considera que existe tal obligación y que lo que ocurre es que no hay acción procesal para exigirla (*vid.*, WACKE, Andreas: *Münchener Kommentar zur Bürgerlichen Gesetzbuch. V. Familienrecht*, Beck, München, 1978, p. 268).

<sup>594</sup> *Vid.*, entre otros, ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 469; DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos..., *op. cit.*, p. 41.

-unilateral o, recíproca-, cualesquiera que sea su forma, lo que permite diferenciar entre la promesa a que hace referencia el artículo 42, de aquélla a la que alude el artículo 43 del Código civil.

Es decir, el artículo 42 del Código civil hace referencia a cualquier tipo de promesa de matrimonio, mientras que la promesa inserta en el artículo 43 alude a aquélla que se da en presencia de determinadas circunstancias que acarrearán la obligación de indemnizar ciertos gastos. Se trata de una promesa al margen del Derecho, reducida a un acto de la vida social, que la hace indiferente para el legislador y origina que no sea tenida en cuenta, ya que no produce efecto jurídico alguno, puesto que de ésta no nace ninguna obligación.

En definitiva, a la promesa de matrimonio no le será de aplicación la calificación de contrato o negocio jurídico, debido tanto a la irrelevancia jurídica que presenta la promesa, como al hecho de no generar obligación alguna respecto de la celebración del matrimonio. Se trata de un acto jurídico: hecho humano producido por una voluntad consciente y generalizada en la vida social, pero ajeno al campo de los negocios jurídicos, si bien podrá originar obligación de indemnizar, de conformidad a lo previsto en el artículo 43 del Código civil<sup>595</sup>.

---

<sup>595</sup> En este sentido, LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (en *Principios de Derecho Civil. I. Parte General y Derecho de la persona*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, 15.ª ed., p. 376) dice que «en caso de que la voluntad humana sea la causa genética de una determinada forma de proceder por parte de cualquiera, se deja de hablar de hecho, para pasarse a hablar de acto». Por otra parte, afirma que cuando dichos actos tengan consecuencias jurídicas, se deberá recurrir a la expresión de acto jurídico. Por lo que en dicha línea tendrían la consideración de actos jurídicos las conductas o actuaciones humanas, que sean realizadas de forma consciente y voluntaria. Conductas a las que el Ordenamiento jurídico atribuye cualquier tipo de efectos o consecuencias. En particular, LUNA SERRANO establece que «la promesa de matrimonio es, en cuanto a tal, jurídicamente irrelevante. Por no generar obligación alguna en orden a la contracción del matrimonio, por lo que no le convienen ni las calificaciones de negocio jurídico, ni de contrato. Se trata de una expresión formal de un compromiso moral que, puede, a lo más, configurar una obligación legal de indemnización» (*op. cit.*, p. 53).

## 2. VALORACIÓN DE LA PROMESA DE MATRIMONIO COMO NEGOCIO NULO: PRINCIPIO DE LIBERTAD MATRIMONIAL

Otra cuestión de interés, se concreta en establecer si la promesa de matrimonio es o no constitutiva de negocio nulo<sup>596</sup>. Cuestión que se debe responder -aunque en el pasado algunos autores<sup>597</sup>, apoyándose bien en la imposibilidad del objeto o, en el hecho de que se tratase de un acto incurso en la prohibición genérica del artículo 6. 3<sup>598</sup> del Código civil fueron partidarios en tal sentido-, posiblemente, de forma negativa, debido a la imposibilidad de partir de un juicio negativo por parte del Derecho respecto de la promesa, ya que ni su contenido ni su finalidad son rechazados por éste<sup>599</sup>.

Asimismo, de dichos preceptos se desprende que el Ordenamiento asume la existencia social de la promesa, aunque la considera en todo momento ajena a lo jurídico, lo que no impide que, en determinadas circunstancias, su incumplimiento se contemple como configurador de un supuesto de hecho determinante de la obligación de indemnizar los gastos realizados<sup>600</sup>.

En este sentido, mientras que el artículo 42 del Código civil sigue considerando la promesa de matrimonio como un acto ineficaz jurídicamente, por su parte, el artículo 43 establece su reconocimiento por el Derecho como una institución socialmente vigente y a la que no se pretende excluir de la práctica, por tanto, el artículo 42 se encarga de valorar la

---

<sup>596</sup> *Vid.*, DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, pp. 42 y ss.

<sup>597</sup> *Vid.*, LACRUZ BERDEJO, José Luis y ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho de Familia: El matrimonio y su economía*. IV. *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Civil*, Vol. I, redactado por José Luis LACRUZ, con la colaboración en los capítulos II a IV, de Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, Librería Bosch, Barcelona, 1963, p. 51.

<sup>598</sup> «-3. Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

<sup>599</sup> Punto en el que ASÚA GONZÁLEZ, sostiene que «ello no podría ser de otra forma respecto de una actuación que no sólo se encuentra generalizada, sino que además se encuentra requerida por la lógica de las cosas en cualquiera de sus variantes» (*op. cit.*, p. 468).

<sup>600</sup> *Vid.*, *Ibídem.*

promesa, excluyéndola del ámbito de los negocios jurídicos, pero sin oponerse a su existencia<sup>601</sup>.

De lo dicho, dos son los presupuestos a tener en cuenta. Son:

a) Que aunque el artículo 42 del Código civil excluye la promesa de matrimonio del ámbito jurídico por medio de la ineficacia y la inadmisión de la demanda, lo cierto es que no se opone a que siga siendo una institución con vigencia social y,

b) que en el ámbito social, el artículo 43 realiza un reconocimiento explícito de la existencia de la promesa. De modo que la promesa de matrimonio que carece de valor negocial tiene la calificación explícita de acto lícito por no prohibido.

Por tanto, se establece su reconocimiento por el Derecho, lo que comporta que no le sea de aplicación lo previsto en el artículo 6. 3 del Código civil y, en consecuencia, su régimen no será la nulidad ni su consideración legal la contradicción de la norma<sup>602</sup>.

En sentido contrario y por lo que a la obligación de celebrar el matrimonio se refiere, GARCÍA CANTERO<sup>603</sup>, sostiene que el negocio jurídico de la promesa es radicalmente nulo, debido a que va en contra de las normas claramente imperativas del artículo 6. 3 del Código civil, de modo que se

---

<sup>601</sup> *Vid.*, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1984, *op. cit.*, pp. 110-111.

<sup>602</sup> PUIG BRUTAU, José (en *Fundamento de Derecho civil. IV. Familia-Matrimonio*, Bosch, Barcelona, 1967, p. 52) sostiene que «una obligación sea jurídicamente incoercible, no quiere decir que deba considerarse nula». En el mismo sentido, *vid.*, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1984, *op. cit.*, p. 111.

<sup>603</sup> «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 32 y, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, n. XI. Consejo Superior de Investigaciones científicas. Delegación de Roma. Con una presentación de Amadeo DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Roma-Madrid, 1959, p. 43.



trata de una nulidad insubsanable que se produce *ipso iure* sin necesidad de declaración judicial<sup>604</sup>.

En particular, llama la atención que el Derecho no prohíba la celebración del matrimonio por las partes, sino que únicamente se limite a negar fuerza vinculante al acuerdo establecido para llevar a efectos el matrimonio<sup>605</sup>.

En este sentido, y al tratarse de un ámbito como es el del Derecho de familia en el que la posibilidad de vinculación entre las partes se concreta a los negocios predispuestos por el legislador, es lógico pensar que los no acogidos, como sería el caso de la promesa de matrimonio, son simplemente irrelevantes para el Derecho<sup>606</sup>. Por tanto, esta irrelevancia basada en la inexigibilidad de su cumplimiento no comporta la expulsión o eliminación de la figura, debido a la valía social que ésta presenta en cuanto fenómeno social.

Por su parte, DELGADO ECHEVERRÍA<sup>607</sup> –con acierto– sostiene que si los esponsales fueran estrictamente nulos por infringir una prohibición legal, las partes –al no poder pedir ni cumplimiento ni indemnización en lugar de su cumplimiento– se encontrarían ante una desprotección jurídica de su «confianza» en que dé contrario se realizará lo prometido, ya que su cumplimiento incurriría en la prohibición de la Ley, no pudiendo alegarse ni desconocimiento ni ignorancia de ésta. Mientras que a la parte a la que se dio promesa de matrimonio el Derecho sí le ampara que la «confianza generada» en la celebración del matrimonio no será incumplida de forma

---

<sup>604</sup> En este sentido, *vid.*, entre otros, ALBACAR LÓPEZ, José Luis: *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Madrid, 1991, pp. 498 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, Francisco: *Derecho civil de España*, T. I, Ed. Civitas, Madrid, 1949, pp. 538 y ss.; LACRUZ BERDEJO y ALBALADEJO GARCÍA, *op. cit.*, p. 78; MARTÍN GRANIZO, Mariano y ALBACAR LÓPEZ, José Luis: *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1991, pp. 498-499.

<sup>605</sup> *Vid.*, DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 43.

<sup>606</sup> En los mismos términos, LUNA SERRANO señala que «la promesa de matrimonio es, en cuanto tal, jurídicamente irrelevante para el Derecho» (*op. cit.*, p. 53).

<sup>607</sup> «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 43.

arbitraria, puesto que se le concede una acción por los daños derivados del incumplimiento de aquélla.

Se añade otra cuestión mencionada más arriba referida al alcance de la acción por daños derivados del incumplimiento de la promesa de matrimonio. Alcance que será extensible tanto al resarcimiento de los gastos que el demandante hubiese realizado a causa del matrimonio prometido, como a las obligaciones o deudas contraídas como consecuencia de aquél. Por otra parte, las obligaciones o deudas contraídas a que alude el artículo 43 del Código civil, necesariamente, deberán hacer referencia a los gastos efectuados con posterioridad y, no con anterioridad a haber mediado la promesa, de modo que quedarán excluidos del ámbito de dichos gastos todas aquellas obligaciones que se hubiesen condicionado a la existencia del matrimonio o, que tuviesen su gestión sin perjuicio alguno para el promitente que los asumió.

Un claro ejemplo de lo dicho, lo encontramos en el caso en el que después de haberse producido el compromiso, fijado una fecha para la celebración de la boda y, como consecuencia de lo anterior, realizado una serie de gastos en consideración al matrimonio prometido -gastos que podrían consistir en el pago del convite, en las invitaciones de la boda o, en la adquisición de un piso destinado a servir en el futuro próximo como hogar conyugal-, si la promesa de matrimonio -finalmente- no llega a término, debido a que su incumplimiento se debe a causa injustificada se deberá producir la obligación de reembolsar a la contraparte los gastos realizados o deudas contraídas como consecuencia del matrimonio proyectado o prometido.

Por tanto, la promesa de matrimonio, como acto humano, genera una confianza en su realización que puede dar origen a una serie de desembolsos o gastos económicos que, de no ser por aquélla, posiblemente no se habrían realizado. En este sentido, CARRIÓN OLMOS -con acierto- sostiene que «en el campo de las relaciones humanas es innegable que quien promete algo genera una confianza en el destinatario de la promesa», por lo que «afirmar

lo contrario sería negar la evidencia. Por tanto, éste es el principio del que parte el legislador en el tema de la promesa de matrimonio»<sup>608</sup>.

En definitiva, la promesa de matrimonio no se debe enfocar como un acto vulnerador de una prohibición legal, cuya ineficacia se deba reconducir al ámbito de la nulidad<sup>609</sup> y, por tanto, no deberá tener la calificación de negocio nulo, sino de negocio indiferente o irrelevante para el Derecho -pero lícito, por no prohibido-, salvo las consecuencias previstas en el artículo 43 del Código civil.

Asimismo, la negación del legislador español de la obligación de contraer matrimonio por razón de haberlo prometido, responde al principio de libertad de matrimonio<sup>610</sup>.

Este principio que ha sido reconocido por los Tratados Internacionales como un verdadero y propio Derecho de la persona, en la actualidad, se encuentra consagrado en el artículo 16<sup>611</sup> de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948; en el artículo 12<sup>612</sup> del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y ratificado por España, por Instrumento de 26 de septiembre de 1979 y

---

<sup>608</sup> «Promesa de matrimonio y resarcimiento de daños», en *Daños en el Derecho de Familia*, José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (coord.), Aranzadi, Navarra, 2006, p. 126.

<sup>609</sup> En este sentido, entre otros, *vid.*, BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo: *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 144; DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, pp. 42-43.

<sup>610</sup> También este principio se lee en las fuentes romanas: «Libera matrimonia esse placet» [C. 8. 38]; [D. 45, 1, 134 pr. (PAULUS, *libro XV, Responsorum*)].

<sup>611</sup> Dice el literal del precepto: «-1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. -2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. -3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado».

<sup>612</sup> «-A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho».

publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, n. 243, de 10 de octubre de 1979; en el artículo 23.2<sup>613</sup> del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – Nueva York, 19 de diciembre de 1966-, cuyo instrumento de ratificación por España se firmó en Madrid el 13 de abril de 1977 y, en el artículo 16<sup>614</sup> de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, ratificada por España, por Instrumento de 16 de diciembre de 1983 y publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, n. 69, el 21 de marzo de 1984.

Además conviene tener presente que, en lo que concierne a España, este principio –concretado en la salvaguarda de la libertad de matrimonio– se encuentra reconocido en el artículo 45<sup>615</sup> del Código civil y enlaza con el artículo 32. 1<sup>616</sup> Constitución Española.

Esta disposición concretada en que la promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo, es coherente con el concepto de matrimonio –entendido como un negocio jurídico bilateral que exige la plena libertad en la declaración del consentimiento– y con el principio de libertad de matrimonio, debido a que debe ser fruto de la libre decisión de los contrayentes; por tanto, se trata de una norma fundada en el derecho

---

<sup>613</sup> «-2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello».

<sup>614</sup> «-1. Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la Ley. -2. Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los Tribunales. -3. Los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto, jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo. -4. Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio».

<sup>615</sup> «-No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial. -La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta».

<sup>616</sup> «-1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica».

absoluto de las partes a contraer nupcias y, en el consiguiente carácter incoercible del consentimiento matrimonial.

Con este principio el legislador rechaza la posibilidad de utilizar mecanismos coactivos para emitir el consentimiento matrimonial dirigido a forzar el cumplimiento de la promesa dada, debido a que el incumplimiento de dicha promesa de matrimonio no admite su cumplimiento forzoso<sup>617</sup>, al excluir la libertad. Por tanto, con dicho precepto se salvaguarda el principio de libertad matrimonial.

Por otra parte, la contraposición existente entre la eficacia de la promesa de matrimonio y la libertad matrimonial, permite dar una definición de la libertad de matrimonio, concretada en que la celebración del matrimonio «no puede presentarse como cumplimiento de una obligación de hacer»<sup>618</sup>, por lo que no puede ser calificado como un acto jurídicamente vinculado, lo que significa que la promesa tiene la consideración de negocio indiferente para el Derecho –salvo las consecuencias previstas por el artículo 43 del Código civil–.

De modo que tendrán la consideración de ineficaces tanto aquellas promesas de matrimonio en las que se haya pactado la obligación de contraer matrimonio, como las estipulaciones contenidas en dichas promesas para el supuesto de no celebración del matrimonio. Esta interpretación asumida por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia sucesiva a la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, subraya que «el tratamiento de tales negocios –patrimoniales– es la radical ineficacia [...] por lo que su régimen es la nulidad»<sup>619</sup>. Por tanto, tendrá la consideración de

---

<sup>617</sup> Vid., CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: «Comentario a los artículos 42 y 43 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, Andrés, DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 148; SERRANO ALONSO, Eduardo: *El nuevo Matrimonio Civil. Estudio de las leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, de 8 de julio, de Reforma del Código Civil. Con formularios*, con la colaboración de Carolina SERRANO GÓMEZ y Eduardo SERRANO GÓMEZ, Edisofer, Madrid, 2005, p. 46; ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 468.

<sup>618</sup> BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1991, *op. cit.*, p. 257.

<sup>619</sup> BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1984, *op. cit.*, p. 114.

nulo y privado de cualquier efecto, cualquier pacto en el que se disponga en sentido contrario lo previsto por la norma.

Esta solución ha sido sustancialmente compartida por el Código civil portugués<sup>620</sup>, que declara la ineficacia del vínculo de la celebración del matrimonio y de las otras indemnizaciones conectadas a la promesa que prevean causas de resarcimiento para el caso de disolución unilateral sin justa causa, aún cuando obedezca a una cláusula penal. También encuentra su apoyo por el Código civil italiano de 1942, debido a que su artículo 79 niega a la promesa de matrimonio el valor de pacto vinculante y afirma la radical nulidad. Nulidad entendida como una nulidad de orden público de cualquier acuerdo que prevea ventajas o desventajas para una u otra parte y, cuyo objeto, sea el de asegurar el cumplimiento de la promesa.

En cuanto a las estipulaciones contenidas en dichas promesas, conviene puntualizar que este extremo no fue previsto por el derogado artículo 43 del Código civil de 1889, sino que ha sido introducido de forma expresa por el vigente artículo 42 del Código civil, con una doble finalidad, de una parte, reforzar la ineficacia de la promesa de matrimonio, debido a que con la nueva regulación -a diferencia de la anterior- ya no es únicamente que se establezca la prohibición de contraer matrimonio, sino que ahora se añade que tampoco quedan obligadas las partes a lo que se pudiese haber establecido -que obligase- para el caso de que finalmente no se lleve a efecto la promesa y, de otra, indicar que la obligación de reparar los daños

---

<sup>620</sup> Dice el «Artículo 1.591 (Ineficacia de la promesa). -El contrato mediante el cual, a título de compromiso, esponsales o cualquier otro, dos personas se comprometen a contraer matrimonio no dá derecho a exigir la celebración de la boda, ni a reclamar, a falta de cumplimiento, otras indemnizaciones que no sean las previstas por el artículo 1.594, incluso la cláusula penal resultante» (Este precepto ha sido modificado por Ley n. 9/2010, de 31 de mayo). Trad.: «Artigo 1.591. (Ineficácia da promessa). -O contrato pelo qual, a título de esponsais, desposórios ou qualquer outro, duas pessoas se comprometem a contrair matrimónio não dá direito a exigir a celebração do casamento, nem a reclamar, na falta de cumprimento, outras indemnizações que não sejam as previstas no artigo 1.594.º, mesmo quando resultantes de cláusula penal» (Lei n. 9/2010, de 31 de maio, en Diário da República, 1.ª série, n. 105, de 31 de Maio de 2010, p. 1853)

previstos por el vigente artículo 43 del Código civil, únicamente podrán tener origen legal<sup>621</sup>.

En definitiva, esta no vinculación que se configura como absoluta, debido a la extensión que de la exclusión del deber jurídico se hace a cualquier medio, se extiende tanto a la pretendida obligación de contraer matrimonio –la cual atenta contra la libertad de matrimonio-, como contra los medios indirectos de coacción jurídica –es decir, cualquier cláusula penal-. Por tanto, queda excluida la posibilidad –directa o indirecta- de reforzar la promesa de futuro matrimonio, mediante la estipulación de una cláusula penal o de cualquier otro tipo de prestación para el supuesto de su incumplimiento, es decir, que no será factible establecer una promesa de matrimonio y sí una de las partes decide no contraerlo abonará a la otra una determinada cantidad de dinero<sup>622</sup>.

En suma, se trata de extender la ineficacia de la promesa de matrimonio a los pactos que tengan como finalidad sancionar su no cumplimiento<sup>623</sup>.

Por otra parte, la libertad de matrimonio se protege con sólo la ineficacia del negocio de esponsales -sin llegar a la nulidad de la que no habla el artículo 42 del Código civil-, lo que se justifica en el reconocimiento que hace el artículo 43 de su vigencia social<sup>624</sup>. Reconocimiento que indudablemente excluye la posibilidad de que se pueda calificar de negocio prohibido<sup>625</sup>.

---

<sup>621</sup> *Vid.*, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1991, *op. cit.*, p. 257; ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho...*, 2006, *op. cit.*, p. 36.

<sup>622</sup> *Vid.*, en esta materia, entre otros, SERRANO ALONSO, *op. cit.*, p. 46; Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil. IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Vol. IV, Luis Díez PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS (coord.), Tecnos, Madrid, 2002, 6.<sup>a</sup> ed., p. 63 y, *Sistema de Derecho civil. IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Vol. IV, Luis Díez PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS (coord.), Tecnos, Madrid, 2006, 10.<sup>a</sup> ed., p. 64.

<sup>623</sup> *Vid.*, CAMPUZANO TOMÉ, *op. cit.*, p. 148.

<sup>624</sup> *Vid.*, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1991, *op. cit.*, p. 257.

<sup>625</sup> Cfr., artículo 6. 3 del Código civil.

En síntesis, la redacción del artículo 42 del Código civil concretada en que no hay obligación de cumplir lo que se hubiese estipulado para el supuesto de la no celebración del matrimonio proyectado, se justifica en que el consentimiento al matrimonio es incoercible y se debe producir con entera libertad y espontaneidad. De modo que responde al principio de libertad matrimonial. Principio con el que se atiende a una exigencia ética que el matrimonio comporta, así como al principio que impide vincularse contractualmente a la adquisición o pérdida del Estado civil<sup>626</sup>.

En este punto, DE VERDA Y BEAMONTE, amparándose en que la institución del matrimonio se fundamenta en el principio de libertad absoluta de los individuos, sostiene que la libertad matrimonial exige que ninguna persona deba asumir el «estado civil de casado» y los radicales efectos jurídicos, patrimoniales y personales que conlleva contra su voluntad. De modo que quien contrae matrimonio debe ser plenamente consciente del acto que realiza y, consentir con entera libertad en todas las consecuencias jurídicas derivadas de la celebración del matrimonio. Además, si la naturaleza del matrimonio exige la libertad de querer llevarlo a efecto, no se puede obligar a una persona a celebrar un matrimonio por el mero hecho de haberlo prometido, debido a que éste se encuentra hasta el último momento ante un acto de la persona, libre e incoercible<sup>627</sup>, ya que el consentimiento al matrimonio se debe producir con entera libertad por las partes. Por ello, el precepto dispone que no hay obligación de cumplir lo estipulado para el supuesto de no celebración del matrimonio prometido.

En su virtud, dos son los presupuestos que contiene el alcance del principio de libertad de matrimonio:

---

<sup>626</sup> En este sentido, *vid.*, DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 42; DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Consecuencias económicas derivadas del incumplimiento de la promesa cierta de matrimonio», en *Curso sobre daños en el Derecho de familia*, Retro-Exprés, Valencia, 2006, p. 25.

<sup>627</sup> «Consecuencias económicas derivadas...», *op. cit.*, p. 25.



a) Su carácter absoluto. De modo que la exclusión del deber jurídico se extiende, tanto a la obligación de contraer matrimonio que atenta de forma directa contra el principio de libertad de matrimonio, como a la cláusula penal que atenta de forma indirecta y,

b) su carácter autónomo. Esta autonomía que se deberá mantener respecto de los vicios de la voluntad matrimonial, considerándose nulo el matrimonio contraído por coacción o miedo grave<sup>628</sup>, se justifica en que el consentimiento matrimonial no puede ser prestado concurriendo ningún vicio de la voluntad, por ello resulta coherente con el sistema la privación de efectos vinculantes a una relación previa. Relación que implica la promesa de matrimonio -recíproca o no- de contraer nupcias. De ahí que el vigente texto legal mantenga el régimen anterior y establezca la no vinculación por la promesa de contraer matrimonio<sup>629</sup>.

En virtud de lo anterior, está justificada la afirmación que sostiene que, la libertad de matrimonio no significa consentimiento no viciado o espontáneo, sino sólo consentimiento no jurídicamente debido<sup>630</sup>.

En definitiva, este principio de libertad de celebración del matrimonio es un principio de orden público interno e internacional -no consagrado constitucionalmente- que limita la autonomía de los particulares, los cuales no podrán establecer ninguna forma de coacción -directa o, indirecta al matrimonio-, lo que explica la nulidad de toda pena convencional<sup>631</sup>.

---

<sup>628</sup> Dice el artículo 73. 5 del Código civil redactado por Ley 35/1994, de 23 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de autorización del matrimonio civil por los Alcaldes: «-Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración: -5. El contraído por coacción o miedo grave».

<sup>629</sup> *Vid.*, ROCA I TRIAS; BLASCO GASCÓ; CLEMENTE MEORO; LÓPEZ Y LÓPEZ; MONTÉS PENADÉS; PRATS ALBENTOSA y VALPUESTA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 59.

<sup>630</sup> *Vid.*, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1984, *op. cit.*, p. 109.

<sup>631</sup> En este sentido, GARCÍA CANTERO, extiende esta consideración de orden público a todas las legislaciones del Occidente Europeo (*vid.*, *El vínculo de matrimonio...*, *op. cit.*, p. 42). Consideración aceptada, entre otros, por SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: «Comentario a los artículos 43 y 44 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, II, Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), Edersa, Madrid, 1978, p. 29;

## VI. NATURALEZA DE LA PROMESA DE MATRIMONIO

En la actualidad, la adaptación pretendida de integrar la promesa de matrimonio en alguna de las categorías tradicionales existentes<sup>632</sup>, ha dado origen a numerosas controversias doctrinales en torno a la naturaleza jurídica que debe presentar la figura. Esto ha permitido considerarla – aunque con grandes salvedades- como una mera relación de puro hecho<sup>633</sup>, como un contrato de Derecho familiar e, incluso como una institución de naturaleza mixta<sup>634</sup> [...].

---

DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 42; BATIFFOL, Henri y LAGARDE, Paul: *Droit international privé*, T. II, Ed. LGDJ, Paris, 1983, p. 416.

<sup>632</sup> Así, DELGADO ECHEVERRÍA –con acierto- sostiene que «el artículo 43 del Código civil -o sus equivalentes en otros Códigos- representa un desafío para el intérprete que, a pesar de no tratarse, según parece, de asunto de gran transcendencia práctica, se ha esforzado en explicar el fundamento de la obligación indemnizatoria dilucidando la naturaleza jurídica de los esponsales, por lo que no se debe considerar impertinente el empeño de los juristas en aclarar la naturaleza jurídica de los esponsales, al objeto de explicar el fundamento y régimen de la obligación indemnizatoria» («Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 46).

<sup>633</sup> En esta línea, PROVENZA (en «Della promessa di matrimonio», IV, *Foro It.*, 1953, pp. 184 y ss.) sostiene que «los esponsales no son otra cosa que un simple proyecto, una relación de hecho para facilitar los tratos previos y el reconocimiento recíproco de los prometidos, debiéndose presumir, cuando la promesa sume un carácter de particular seriedad, que cada uno de ellos se ha obligado a reintegrar a la contraparte la disminución patrimonial derivada de los gastos conexos a la promesa de matrimonio». También, *vid.*, BENITO GOLMAYO, Pedro: *Instituciones de Derecho Canónico*, T. II, Librería Sánchez Imprenta Peñuelas, Madrid, 1874, 4.ª ed., p. 39 y, para más referencias, ENNECCERUS; KIPP y WOLF: *Derecho de familia* en Ludwig ENNECCERUS; Theodor KIPP y Martín WOLF: *Tratado de Derecho Civil, El Matrimonio*, T. IV, Vol. I. Traducido de la 20.ª ed. alemana (sexta revisión) por Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José CASTÁN TOBEÑAS, Bosch, Barcelona, 1953, 2.ª ed., p. 30. Por el contrario, GARCÍA CANTERO, sostiene que «los esponsales, aunque estén desprovistos de sanción en cuanto a la obligación principal, originan una serie de efectos secundarios; por lo que calificar de simple hecho a la relación de esponsales es quedarse corto» (*El vínculo de matrimonio...*, *op. cit.*, p. 65). Este encuadramiento que niega su carácter contractual, se justifica tanto en la imposibilidad de exigir judicialmente el deber de contraer matrimonio, como en la libertad de los contrayentes para incumplir la promesa de matrimonio otorgada.

<sup>634</sup> En esta línea, influenciado por la doctrina alemana PUIG PEÑA, Federico (en *Tratado de Derecho civil español. II. Derecho de Familia. Teoría general del matrimonio*, Vol. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947, p. 69) sostiene «la necesidad de partir de la tesis que ve en los esponsales un propio contrato, de modo que se habrán de tener en cuenta los principios generales que presiden la formación y efectos de estos negocios jurídicos, tal y como se desprende de la STS de 6 de abril de 1929». En este sentido, en manuales

## 1. TESIS CONTRACTUAL

La tesis de que era un contrato ha sido defendida por la doctrina mayoritaria<sup>635</sup>, desde antaño, al entender que la promesa de matrimonio

---

posteriores afirma que «los esponsales tienen en realidad una naturaleza mixta, pues, de una parte, son ciertamente un contrato de Derecho de obligaciones determinando el cumplimiento de una pretensión indemnizatoria dado que los prometidos se obligan a contraer matrimonio entre ellos, pero, por otra, aparecen con discutible influencia en el Derecho de Familia, determinando el «estado» de novios o prometidos que produce consecuencias de diversa índole y alcance» (*Compendio de Derecho Civil español. V. Familia y Sucesiones*, Ed. Pirámide, Madrid, 1976, 3.ª ed., revisada y puesta al día, p. 51). También CASTÁN TOBEÑAS, José (en *Derecho Civil español Común y Foral*, T. III, *Derecho de obligaciones, La obligación y el contrato en general*, decimosexta edición, revisada y puesta al día por Gabriel GARCÍA CANTERO, Ed. Reus, Madrid, 1992, pp. 345 y ss.) sostiene la tesis de la naturaleza mixta de los esponsales para argumentando que tiene un doble aspecto de institución contractual y de Derecho de familia. Así, dice que «aquellas legislaciones que le asignan el efecto de constreñir al matrimonio, acentúan el sentido de institución familiar, pero aquellas otras que le atribuyen el solo efecto de dar lugar a una indemnización en el caso de ruptura de la promesa, reducen los esponsales a una convención lícita de efectos limitados» y, en esta materia, VALVERDE VALVERDE, Calixto (en *Tratado de derecho civil español. IV. Parte especial. Derecho de Familia*, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1938, 4.ª ed., pp. 74 y ss.) entiende que «los esponsales son a la vez que una relación obligatoria que requiere las condiciones generales de todo negocio jurídico, una relación familiar que necesita de los requisitos precisos para la posibilidad legal del matrimonio». Además afirma que «la Ley española considera los esponsales como una convención, como un contrato, pero de efectos reconocidos y limitados». También, los anotadores, opinan que «se trata de un contrato de Derecho de obligaciones y de Derecho de Familia» (ENNECCERUS; KIPP y WOLF, *op. cit.*, p. 31) y, ORTEGA PARDO, lo describió como «un contrato de Derecho de familia dirigido a la futura celebración del matrimonio mediante una promesa recíproca» y, añade que «la obligación de resarcir tiene su fundamento en la naturaleza contractual de los esponsales» (*op. cit.*, p. 617).

<sup>635</sup> Un resumen de argumentos en pro y en contra de la tesis contractualista puede verse en ESPÍN CÁNOVAS, Diego Eduardo: *Manual de Derecho Civil español. IV. Derecho de Familia*, editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984, 8.ª ed., pp. 15-16. En este sentido, CASTÁN TOBEÑAS, José (en *Derecho Civil Español, Común y Foral. V. Derecho de Familia*, Vol. I, Relaciones Conyugales, undécima edición revisada y puesta al día por Gabriel GARCÍA CANTERO y José M.ª CASTÁN VÁZQUEZ, Reus, Madrid, 1987, p. 163) influenciado por la obra de KIPP y WOLFF, reproduce la teoría contractualista de los esponsales, poniendo de manifiesto que «en nuestro Derecho no cabe desconocer que los esponsales constituyen un contrato o convención lícita, de efectos reducidos. Si se concluyese el carácter contractual de las promesas de matrimonio, difícilmente habría base para justificar la limitada obligación de indemnizar que establece el artículo 44 de nuestro Código, que no se ajusta a las características de la responsabilidad extracontractual». También las argumentaciones de los anotadores, quienes resuelven que «es evidente que los esponsales son un contrato, ya que su esencia está en la promesa recíproca de contraer matrimonio. Que no produzca todos los efectos propios de un contrato y que sus reducidos y eventuales efectos no sean los característicos de un contrato, no es suficiente para negarles esa naturaleza [...] tienen, en suma, los esponsales, dentro de nuestro Derecho, la

encerraba un propio vínculo de naturaleza contractual<sup>636</sup>. Esta teoría sumamente criticada –al igual que en el caso italiano- es difícilmente sostenible, dada la imposibilidad de calificar como negocio un acto que no produce el efecto de obligar a las partes a contraer matrimonio, puesto que el artículo 42 del Código civil establece de forma expresa que la promesa no obliga a los prometidos a contraer el matrimonio prometido. Esto demuestra la imposibilidad de configurar en términos contractuales la naturaleza de la figura, ya que para que así fuese, no sería suficiente con la manifestación de voluntad de las partes, sino que necesariamente debería obligar a las partes, debido a la relación jurídica establecida. Obligación última que, de forma expresa, está excluida por el precepto.

En virtud de lo anterior se justifica la afirmación que sostiene, de una parte, que esta construcción resultaría atentatoria al principio de libertad de matrimonio –considerado de orden público- y, de otra, que la prestación –aunque no tiene carácter patrimonial alguno- no es equiparable con el hacer contractual típico, ya que consiste en la adquisición de un *status*. Por tanto, esta teoría queda carente de su fundamento principal, debido a la inexistencia -establecida expresamente por el artículo 42 del Código civil- de la obligatoriedad para contraer el matrimonio proyectado<sup>637</sup>.

---

naturaleza de una convención lícita de efectos reducidos» (ENNECCERUS, KIPP Y WOLF, *op. cit.*, p. 33). Por el contrario, DELGADO ECHEVERRÍA, excluye su naturaleza contractual, apoyándose en que «el resarcimiento no se presenta como una solución subsidiaria porque se haya incumplido una obligación personalísima imposible de ejecutar contra la voluntad del obligado, sino que se prevé legalmente partiendo de la base de que no hay obligación principal, es decir, la de contraer matrimonio; y en consecuencia, si no la hay, no puede hablarse de contrato» («Comentarios a los artículos..., *op. cit.*, pp. 47-48).

<sup>636</sup> Desde el punto de vista jurisprudencial, este carácter contractual fue afirmado, entre otras, por las SSTs, de 13 de enero de 1879 y de 6 de abril de 1929, conforme a las cuales se debían tener en cuenta los principios generales que presiden la formación y los efectos de estos negocios jurídicos. Por el contrario, la SAP de Cantabria, Sección 4.ª, de 19 de abril de 2005 [AC, 2005/1833] fundamenta que «por tanto nos encontramos no ante un contrato bilateral con obligaciones recíprocas para ambas partes, sino ante una promesa de matrimonio con unas consecuencias en caso de incumplimiento de la promesa».

<sup>637</sup> *Vid.*, las aportaciones de LACRUZ BERDEJO y ALBALADEJO GARCÍA, *op. cit.*, p. 49.

La teoría contractual ha sido más propia de la doctrina canonista<sup>638</sup>, la cual ve en la promesa de matrimonio un propio contrato.

Sin embargo, se sigue sosteniendo por algunos autores –aunque con grandes salvedades– como un contrato de Derecho de familia o, como una institución de naturaleza mixta.

Por otra parte, no han faltado autores<sup>639</sup> que, partiendo de la premisa de que las diferencias son mínimas, se han inclinado por calificar la

---

<sup>638</sup> En este sentido, GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Manuel (en *La institución matrimonial según el Derecho de la Iglesia Católica*, Consejo Superior de Investigaciones científicas. Instituto Francisco DE VITORIA, Madrid, 1947, 2.ª ed., aumentada, pp. 46 y ss.) sostiene que «la tesis contractualista del matrimonio ampliamente admitida en otras épocas es defendida hoy casi exclusivamente por los canonistas».

<sup>639</sup> En esta línea, QUESADA SÁNCHEZ, José Antonio (en «Consecuencias prácticas derivadas de la llamada promesa de matrimonio», en *Noticias Jurídicas*, 2001, p. 1) considera los esponsales o la promesa de matrimonio como «un especial negocio del Derecho de familia y más bien como un contrato o negocio jurídico preliminar a la celebración del matrimonio, de carácter bilateral, causal, no solemne»; BONET, Ramón (en *Compendio de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 79) sostiene que «los esponsales tienen carácter contractual, aunque no se puede negar su posible función constitutiva de las relaciones conyugales, por lo que están sujetos a los principios generales del Código civil sobre contratación, singularmente sobre contratos bilaterales, debido a que exigen el acuerdo de dos voluntades». Para este autor, se trata de «un contrato accesorio y preparatorio del matrimonio que no conduce necesariamente a él, pero que en caso de violación de la promesa produce efectos limitados a la esfera patrimonial» y, *Código civil comentado*, Ed. Aguilar, Madrid, 1969, p. 119. También, SANCHO REBULLIDA, lo denominó como un «contrato preparatorio del matrimonio» (*op. cit.*, p. 25). Por su parte, DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, Felipe Clemente (en *Instituciones de Derecho civil español. II. Derechos de Obligaciones, contratos, derecho de familia*. Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1930, p. 355. Hay una nueva ed. revisada y puesta al día por Alfonso de COSSÍO Y CORRAL y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, Madrid, 1959) sostiene que «los esponsales son un convenio y, hasta si se quiere, un contrato accesorio y preparatorio del matrimonio, pero que no conducen necesariamente a éste, son una imagen anticipada del matrimonio sin la intensidad ni la extensión de los efectos del matrimonio». También, GARCÍA CANTERO, entendía antes de la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, que «los esponsales civiles son un negocio jurídico familiar, de carácter preparatorio, mediante el cual los prometidos se obligan a celebrar matrimonio civil», por lo que «la obligación de indemnizar se funda en la violación del negocio jurídico de Derecho de familia», aunque «si bien a éste no se le reconoce eficacia jurídica en cuanto a su fin principal» (*El vínculo del matrimonio...*, *op. cit.*, p. 63). Reafirmando tras la reforma antes mencionada, en su tesis, al poner de manifiesto que «si acaso cabe destacar que ahora el legislador ha dado a la promesa de matrimonio mayor relieve que en la anterior regulación, colocándola como negocio jurídico familiar que las partes, en uso de su autonomía de la voluntad, pueden hacer preceder a las nupcias propiamente tales; resulta así claro su carácter de negocio preparatorio, aunque de efectos muy limitados, como ha

naturaleza de la promesa de matrimonio como un negocio jurídico preparatorio del Derecho de familia, por el que dos personas, con capacidad matrimonial, se comprometen a celebrarlo en el futuro. Esta interpretación era compartida por la doctrina italiana<sup>640</sup> de principios de siglo, ya que consideraba la promesa como un negocio jurídico familiar con consecuencias patrimoniales, pero del que no surgía la obligación de

---

quedado explicado» («Comentarios a los artículos..., *op. cit.*, p. 43). También este era el punto de vista de Díez-PICAZO, Luís (en «El negocio jurídico del Derecho de Familia», en *Estudios de Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1980, p. 35) -quien- inicialmente sostenía que el derecho positivo ofrecía, a la observación una pluralidad de actos jurídicos a los que *prima facie* parecía conferir la calificación de negocios jurídicos familiares. En primer lugar se encuentra la promesa de matrimonio o esponsales de futuro, que aunque no producen obligación de contraer matrimonio y no originan ninguna relación jurídica familiar, como en el antiguo Derecho, lo cierto es que sí poseen eficacia jurídica, ya que la Ley los contempla como justa causa de un desembolso patrimonial». No obstante, tras la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, se aprecia un cambio de opinión en este autor, al afirmar que «la promesa no constituye en puridad contrato ni negocio jurídico», con lo que abre paso a la idea de la «razonable y objetiva confianza o esperanza en el cumplimiento de la promesa y en la realización del matrimonio proyectado, que puede ser causa suficiente para la realización de operaciones económicas» (*Sistema de Derecho civil. IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Vol. IV. Luis Díez PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS (coord.), Tecnos, Madrid, 1982, p. 72). Además, añade en estudios posteriores que «la promesa de matrimonio genera una razonable y objetiva confianza en la realización de éste, que puede ser causa de desembolsos o gastos» (*Sistema de Derecho civil. IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Vol. IV, Luis Díez PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS (coord.), Tecnos, Madrid, 1989, pp. 65-66) y, *vid.*, MARTÍN GRANIZO y ALBACAR LÓPEZ, *op. cit.*, p. 499. En la jurisprudencia menor, la naturaleza del negocio jurídico preparatorio del Derecho de familia, es defendida, entre otras, por las SSAAPP de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 3 de mayo de 2005 [La Ley, 2005/97741]; de Teruel, de 21 de diciembre de 2000 [JUR, 2001/66878].

<sup>640</sup> *Vid.*, en la doctrina italiana, según el Código civil italiano de 1865, esta teoría era sostenida, entre otros, por CHIRONI, Giampietro: *Colpa contrattuale*, Vol. I, Torino, 1897, p. 103; RAVÀ, Adolfo: *Lezioni di Diritto civile sul matrimonio*, Padova, 1935, p. 188. Entre los autores posteriores al Código civil italiano de 1942, la defienden: DEGNI, Francesco: *Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano*, Cedam, Padova, 1943, pp. 42 y ss.; TORRENTE, Andrea: *La donazione. Trattato di Diritto civile e commerciale*, diretto da Antonio CICU e Francesco MESSINEO, Vol. XXII, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1956, p. 120 y, CANDIAN, Adrian (en «Gli sponsali come fonte negoziale di aspettativa. *Le lettere dei fidanzati*», in *Temi*, 1951, p. 478) considera los esponsales como «un negocio jurídico bilateral de contenido preparatorio, al cual el ordenamiento jurídico, por la naturaleza del objeto, no reconoce una eficacia vinculante, haciendo derivar solamente de él una obligación de resarcimiento limitado en el supuesto de rescisión injusta».

contraer matrimonio<sup>641</sup>. Encuadramiento en el que se mueve tanto la legislación portuguesa<sup>642</sup>, como últimamente la doctrina francesa, en concreto MATHIEU motiva, en una nota a la *Sentencia de la Chambre civile de la Court de Cassation de 28 de abril de 1993*<sup>643</sup>, la posibilidad de analizar la promesa de matrimonio como un contrato. Posibilidad que se configura como una solución totalmente contraria a la tradicional en el Derecho francés, la cual se apoyaba en considerar los supuestos de incumplimiento de las promesas como generadores de responsabilidad civil delictual.

En este punto, DE VERDA Y BEAMONTE –con acierto– sostiene que en el caso español esta sistemática presenta un problema de coordinación entre la norma contenida en el artículo 43 y la del 42 del Código civil, que sanciona la incoercibilidad de la promesa de matrimonio. Debido a que el precepto dispone que los esponsales no son vinculantes en el plano jurídico, ni obligan a contraer el matrimonio prometido, ni a cumplir lo que se hubiera estipulado para el supuesto de su no celebración, lo que produce que no pueda tener tal consideración, toda vez que la negativa de cumplir la promesa de matrimonio del promitente impide la perfección del negocio jurídico y, por tanto, «qué negocio jurídico sería aquél que no generará para las partes la obligación de cumplir lo que hubiesen pactado»<sup>644</sup>.

En síntesis, las causas que han originado el abandono por gran parte de la doctrina de la teoría contractual o negocial. Son:

---

<sup>641</sup> Esta teoría se desprendía posiblemente de las palabras que fueron propuestas por BRANCA, Giuseppe (en *Instituciones de Derecho privado*. Traducido de la sexta edición Italiana por Pablo MACEDO, Ed. Porrúa, México, 1978, pp. 115-116) al decir que: «La plena libertad del matrimonio impide que semejante promesa sea susceptible de ejecución específica a diferencia de otros numerosísimos convenios preliminares, en los cuales el Juez, sustituyéndose a la parte incumplida, anuda el vínculo al que se había obligado».

<sup>642</sup> Cfr., artículo 1.591 del Código civil portugués, redactado por Ley n. 9/2010, de 31 de mayo.

<sup>643</sup> Cfr., D. 95, 330.

<sup>644</sup> «Consecuencias económicas derivadas...», *op. cit.*, p. 26.

a) La creencia –con acierto– de que la obligatoriedad del contrato de esponsales es meramente hipotética<sup>645</sup> y,

b) que la disciplina positiva de esta institución no es conciliable con una autorregulación de intereses obligatoria entre las partes que permita de forma real calificar la declaración de voluntad matrimonial como un verdadero negocio jurídico, debido a que con el artículo 42 del Código civil la obligatoriedad de contraer matrimonio, ha sido eliminada.

En definitiva, en el ordenamiento jurídico español la promesa de matrimonio no es un contrato<sup>646</sup>, puesto que éste obliga a las partes, mientras que la promesa no, debido a que el artículo 42 del Código civil, dispone que «la promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo [...]»<sup>647</sup>.

Por otra parte, y sin querer hacer sino este mínimo apunte, de los artículos 1.254<sup>648</sup>, 1.256<sup>649</sup> y, 1.258<sup>650</sup> se desprende que recogen el carácter esencial del contrato. Este carácter se concreta en la obligatoriedad -<pacta

---

<sup>645</sup> *Vid.*, SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pp. 31-32.

<sup>646</sup> En este sentido, SÁNCHEZ, Román (en *Estudios de Derecho civil. IV. Derecho de Obligaciones...*, *op. cit.*, p. 149) entiende por contrato «la convención jurídica manifestada en forma legal por virtud de la cual una persona se obliga a favor de otra o varias, o recíprocamente, al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no». Por su parte, para STOLFI, Nicola (en *Diritto civile*, Vol. III, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1919, p. 124) se configura como «un negocio jurídico bilateral, dirigido a constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico de contenido patrimonial o económico».

<sup>647</sup> Así se pronuncia TUCCI, Giuseppe (en «La risarcibilità del danno da atto lecito nel Diritto civile», *Rivista di Diritto civile*, 1967-I, p. 236) apoyándose en el Código civil italiano de 1942, debido a que su artículo 79 dice que: «La promessa di matrimonio non obbliga a contrarlo ne ad eseguire ciò che si fosse convenuto per il caso di non adempimento».

<sup>648</sup> «-El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio».

<sup>649</sup> «-La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

<sup>650</sup> «-Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».



sunt servanda»- que aquél contiene, la cual no tiene lugar en la promesa de matrimonio<sup>651</sup>. Estos artículos se encuentran contenidos en el Capítulo I, del Título II del Libro IV, del Código civil. El reseñado Capítulo lleva por rúbrica: *De los contratos*.

En definitiva, esta teoría ha sido paulatinamente abandonada por la doctrina ya que resulta del todo ilógico atribuir naturaleza contractual a un instituto que se encuentra privado de su efecto fundamental, es decir, la vinculación de las partes en cuanto al objeto convenido –efecto propio de todo negocio jurídico-. Asimismo, en los negocios el resarcimiento del daño es considerado como sustituto de la consecución del objeto principal, mientras que en la promesa de matrimonio la convención es nula en lo concerniente al objeto principal, de ahí que la obligación de resarcir se configure como una obligación autónoma. Así, como la teoría negocial conduce al absurdo de que las partes hayan contratado, no para la conclusión del matrimonio, sino para el reembolso de los gastos, extremo que resulta contrario a la voluntad de las partes<sup>652</sup>.

## 2. NEGOCIO DE LA VIDA PRIVADA

Otro sector doctrinal, entiende que se trata de un «negocio de vida privada» o «negocio social» no jurídico que genera una obligación *ex lege*.

---

<sup>651</sup> En este sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel (en *Derecho de Familia*, Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1989, pp. 28-29) siguiendo de cerca las enseñanzas de DE CASTRO sobre el negocio jurídico, afirma que «la Ley niega de forma expresa el singular propósito práctico que caracterizaría a este contrato -vincularse a constituir un futuro matrimonio- el efecto de poder ser causa eficaz, puesto que niega la constitución de la correspondiente relación obligatoria y, en consecuencia, con tal premisa, entiende que la promesa de matrimonio no es un negocio jurídico, sino un compromiso meramente social, ajeno al campo de los negocios jurídicos. Lo cual no es óbice para que la promesa de matrimonio no esté exenta de consecuencias jurídicas». En idéntico sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, dice que «no es solo que la obligación de contraer matrimonio no sea exigible mediante el ejercicio de una acción, sino que no ha nacido ninguna obligación» («Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 41) y, LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís (en *Elementos de Derecho civil. IV. Derecho de Familia*, Ed. Experimental Librería Bosch, Barcelona, 1982, p. 141) niegan su carácter negocial y lo clasifican como «parte constitutiva del supuesto de hecho de una obligación determinada por la Ley».

<sup>652</sup> *Vid.*, las argumentaciones aportadas por LACRUZ BERDEJO y ALBALADEJO GARCÍA, *op. cit.*, p. 50.

En este sentido, LACRUZ BERDEJO Y ALBALADEJO GARCÍA, apoyándose en BETTI y en NOVARA entienden que los esponsales constituyen un negocio de la vida privada -en la terminología de BETTI- o, un negocio social -en la terminología de NOVARA-, pero en ningún caso un negocio jurídico. Por otra parte, en el orden social se les reconoce una eficacia concorde con la voluntad convenida en las partes, mientras que en el orden jurídico, el hecho social de esponsales es tomado en consideración -en determinadas condiciones formales- como parte constitutiva de la causa típica de una obligación determinada por la Ley y no como negocio, debido a la prohibición establecida a los Tribunales para admitir demandas en que se pretenda el cumplimiento de la obligación en él pactada<sup>653</sup>. Por tanto, los esponsales no se configuran como negocio jurídico, sino como negocio social o privado, por ello la obligación nacida de la ruptura inmotivada del acuerdo de esponsales o de la promesa unilateral de matrimonio deberá ser calificada de obligación *ex lege*<sup>654</sup>.

PUIG BRUTAU acertadamente considera ese carácter de negocio social compatible con el de negocio jurídico, por ello sostiene que «esta concepción no impide que se siga considerando a los esponsales como un negocio, ciertamente, social y privado, pero, además, propiamente jurídico, en la limitada medida en que sus efectos se pueden producir en este sector»<sup>655</sup>.

De lo dicho, se debe tener presente que en la gran mayoría de los casos, las parejas se prometen en matrimonio sin madurar las consecuencias jurídicas que se podrían derivar del acto, lo que también ocurre incluso en los negocios específicamente jurídicos. De modo que el hecho de que las consecuencias de los esponsales sean distintas del cumplimiento de la obligación asumida «tampoco implica que no se trate de un negocio que se pueda considerar ya inicialmente en su dimensión jurídica, como demuestra

---

<sup>653</sup> *Op. cit.*, p. 51.

<sup>654</sup> *Vid.*, LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, RIVERO HERNÁNDEZ, y RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil*, 1990, *op. cit.*, pp. 98-99.

<sup>655</sup> *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V, Vol. I, Barcelona, 1990, 3.<sup>a</sup> ed., p. 48.

la doctrina del precontrato»<sup>656</sup>. Por ello, las consecuencias del quebrantamiento sin justa causa de la promesa de matrimonio sobrevienen cuando las partes ya se encuentran ligadas por un deber recíproco, lo que explicaría ciertas peculiaridades de naturaleza contractual.<sup>657</sup>

### 3. RELACIÓN PRECONTRACTUAL

Adicionalmente a las anteriores corrientes doctrinales también está presente la que es partidaria de su naturaleza precontractual<sup>658</sup>. Esta teoría sostiene que, en la medida en que el matrimonio tuviese la consideración de contrato, los esponsales se configurarían como un contrato cuya finalidad sería la celebración de un futuro contrato de carácter obligatorio<sup>659</sup>. De

---

<sup>656</sup> *Ibídem*.

<sup>657</sup> En este sentido, CANO TELLO, Celestino (en «Responsabilidad por incumplimiento de la promesa de matrimonio», *ADC*, 1977, p. 757) añade que «de esta forma el obligado que rehúsa el cumplimiento ha de probar que lo hace por justa causa, mientras que si se tratara de responsabilidad fuera de contrato incumbiría probar la existencia de causa para la responsabilidad a quien exigiera la indemnización» y, *vid.*, LACRUZ BERDEJO y ALBALADEJO GARCÍA, *op. cit.*, p. 51.

<sup>658</sup> Así, RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe (en *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 58) entiende que: «La manifestación de la voluntad de no casarse es una denuncia o desistimiento unilateral del precontrato, que produce efectos jurídicos indemnizatorios cuando no exista causa para incumplir la promesa. Debido al carácter incoercible de la prestación prometida, el incumplimiento imputable de este precontrato sólo puede dar lugar a una obligación de reembolso de los gastos originados y de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido (daño emergente)».

<sup>659</sup> Esta teoría es rechazada por PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge (en *Tratado Práctico de Derecho civil francés. II. La familia, matrimonio, divorcio, filiación*, traducido de Mario DÍAZ CRUZ y Eduardo LE RIVEREND BRUSONE, Ed. Cultural, Habana, 1940, p. 68) apoyándose en el carácter institucional del matrimonio. También, DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, ponen de manifiesto que «la promesa de matrimonio no constituye en puridad un precontrato, debido a que de ella no nace jurídicamente ni la obligación de contraer el matrimonio prometido, ni se puede pedir judicialmente su cumplimiento» (*Sistema de Derecho...*, 1989, *op. cit.*, p. 63). Sin embargo, DÍEZ-PICAZO, LUÍS (en «El negocio jurídico del Derecho de Familia», en *RGLJ*, n. 6, junio de 1962, pp. 35 y ss.) sostiene lo contrario al indicar que «los esponsales son un negocio jurídico de Derecho de Familia» al decir que «el Derecho positivo ofrece, sin embargo, a la observación una pluralidad de actos jurídicos a los que *prima facie* parece conferir la calificación de negocios jurídicos familiares. Encontramos en primer lugar, siguiendo el orden del Código, la promesa de matrimonio o esponsales de futuro». Es posible que el cambio de opinión que este autor denota en estudios posteriores sea debido a las modificaciones introducidas en la institución en 1981. *Vid.*, en este sentido, DÍEZ-PICAZO, LUÍS y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Instituciones de Derecho civil*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1995, p. 433; ROCA I TRIAS; BLASCO GASCÓ; CLEMENTE MEORO; LÓPEZ Y

modo que si la promesa de matrimonio supone una declaración de voluntad recepticia similar al consentimiento contractual, la comprobación de la existencia de una promesa cierta de matrimonio, comportará la celebración de un precontrato cuyo régimen jurídico de incumplimiento dará origen a una responsabilidad civil de naturaleza contractual. Sin embargo, se encuentra con un obstáculo difícilmente superable, toda vez que en la promesa el resarcimiento no es sustitutorio del cumplimiento específico incoercible, sino independiente de él. En suma, calificar la figura en esta categoría no es completamente acertado, ya que de ésta no surge la obligación de celebrar el contrato.

De lo anterior, está justificada la afirmación que sostiene que, la existencia del precontrato, no es posible con el ordenamiento jurídico español, debido a que supondría la vulneración de todos los límites de la autonomía de la voluntad previstos por el Código civil en su artículo 1.255<sup>660</sup>, ya que se trataría de un contrato con objeto ilícito y causa inmoral, así como contrario al orden público, puesto que su objeto afectaría a un estado civil y, a un derecho fundamental de la persona, además de que es posible que fuera contrario a la moral<sup>661</sup>.

También, algunos autores, la han calificado como un «mero uso social reiteradamente practicado, identificado legislativamente, pero carente de virtualidad normativa como promesa de matrimonio, debido a que el legislador limita sus efectos a la eventual acción y obligación de

---

LÓPEZ; MONTÉS PENADÉS; PRATS ALBENTOSA; VALPUESTA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 59; LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, RIVERO HERNÁNDEZ, y RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil*, 1990, *op. cit.*, p. 98; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho Civil. VI. Derecho de familia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, 9.ª ed., p. 36; DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, pp. 47-48; REINA, Victor y MARTINELL, Josep M.ª: *Curso de Derecho Matrimonial*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995, p. 265.

<sup>660</sup> «-Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

<sup>661</sup> *Vid.*, BUSTO LAGO, José Manuel: «Alcance y significado de la indemnización debida en el supuesto de la promesa de matrimonio», *RDP*, n. 82, 1998, p. 271.

resarcimiento por los gastos asumidos en atención al matrimonio proyectado»<sup>662</sup>.

De lo dicho se sigue que aunque ninguno de los intentos de calificación mencionados en líneas precedentes ha sido abandonado por doctrina y jurisprudencia de forma definitiva<sup>663</sup>, dado que la calificación de la promesa de matrimonio como «negocio jurídico» sigue –aunque de forma minoritaria– presente en la jurisprudencia<sup>664</sup> española, lo cierto es que resultan más numerosas aquellas Sentencias que abordan de forma directa la problemática de la promesa sin reparar en su naturaleza<sup>665</sup>. Esto se justifica, tanto en las numerosas dificultades que presenta, en la actualidad, la calificación de la figura como en el abandono paulatino realizado por gran parte de la doctrina de la teoría negocial o contractual.

#### 4. OBLIGACIÓN NATURAL

Podría plantearse también la posibilidad de pensar que se trata de una simple obligación natural<sup>666</sup> susceptible de cumplimiento voluntario<sup>667</sup>,

---

<sup>662</sup> LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho Civil. VI. Derecho de familia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, 8.ª ed., pp. 39-40 y, asimismo, añade que «los *actos unilaterales* de ambos novios, al ser conjuntamente considerados, producirán el mero hecho de acreditar la existencia de una promesa de matrimonio que la Ley valora como dato fáctico o supuesto de hecho de la obligación *ex lege* de resarcir gastos» (*Principios de Derecho Civil...*, 2010, *op. cit.*, p. 36).

<sup>663</sup> *Vid.*, CARRIÓN OLMOS, «Promesa de matrimonio...», *op. cit.*, pp. 122-123.

<sup>664</sup> En jurisprudencia menor, entre otras, *vid.*, las SSAAPP de Almería, de 24 de octubre de 1994 [AC, 1994/2380]; de Teruel, de 21 de diciembre de 2000 [JUR, 2001/66878] y, de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 3 de mayo de 2005 [La Ley, 2005/97741]. Sentencias todas que afirman que la promesa de matrimonio -antiguos esponsales- regulada en los artículos 42 y 43 del Código civil, se define por la doctrina como un negocio jurídico preparatorio del Derecho de familia, por el que dos personas con capacidad matrimonial se obligan a celebrar matrimonio en el futuro. Por tanto, se trata de una doble declaración de voluntad, que constituye una recíproca y mutua promesa.

<sup>665</sup> Desde el punto de vista jurisprudencial, *vid.*, la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996 [R], 1996/9020] y, las SSAAPP de Granada, Sección 3.ª, de 11 de diciembre de 2003 [La Ley, 2003/207274]; de Oviedo, Sección 5.ª, de 15 de noviembre de 2000 [La Ley, 2000/207994]; de Toledo, Sección 2.ª, de 3 de abril de 2000 [AC, 2000/4476]; de Barcelona, Sección 16.ª, de 8 de octubre de 2004 [JUR, 2004/303882]; de Madrid, Sección 19.ª, de 24 de marzo de 2004 [JUR, 2004/248652].

<sup>666</sup> Esta es la posición de GUBERN SALISACHS, Santiago: *La ruptura de la promesa matrimonial y la reducción de la mujer ante el Derecho y la Ley*, Bosch, Barcelona, 1947, p.

pero no de coacción por los medios legales<sup>668</sup>. Sin embargo, tras analizar con detenimiento el concepto de obligación natural<sup>669</sup>, ésta no puede ser de aplicación a la promesa de matrimonio, debido a que se trata de una obligación jurídica -obligación que no produce la promesa<sup>670</sup>- que se encuentra desprovista de responsabilidad. Responsabilidad que sí tendrá lugar cuando se produzcan las situaciones<sup>671</sup> contempladas por el artículo 43 del Código civil<sup>672</sup>.

En este punto, PUIG BRUTAU<sup>673</sup> –con acierto- señala que nadie puede pretender que por ser acreedor de otro en virtud de la existencia de una obligación natural, tiene derecho a pedir que se declare judicialmente la existencia de tal obligación, aunque sea haciendo constar que no procede su ejecución coactiva.

En definitiva, la promesa de matrimonio no constituye en puridad ni contrato ni negocio jurídico, debido a que de ella no nace jurídicamente la obligación de contraer el matrimonio prometido y, en consecuencia, no se

---

15. Por su parte, TEDESCHI, Guido (en *La promessa di matrimonio nel diritto civile italiano*, Società Tipografica Modenese, 1930, p. 172) entiende que «la promesa de matrimonio tiene de común con la obligación natural la carencia de acción para reclamar su cumplimiento, sin embargo, la promesa de matrimonio no produce la *soluti retentio* -retención de lo pagado-, pues no se debe considerar tal validez en el matrimonio celebrado después de la promesa».

<sup>667</sup> A esta conclusión se llega conforme al texto que presenta el artículo 42 del Código civil.

<sup>668</sup> Dice el párrafo segundo del precepto: «-No se admitirá a trámite la demanda que pretenda su cumplimiento».

<sup>669</sup> La obligación natural se puede definir como un debito sin responsabilidad; como una obligación moral de carácter patrimonial o, como una obligación civil desprovista de cobertura (*vid.*, REALES ESPINA, Juan Ignacio: *La obligación natural, en el Código civil*, Ed. Comares, Granada, 2000).

<sup>670</sup> Cfr., artículo 42 del Código civil.

<sup>671</sup> Estas situaciones son: que haya certeza de la promesa de matrimonio, que el incumplimiento sea sin causa y, que haya sido realizado por persona mayor de edad o menor emancipado.

<sup>672</sup> *Vid.*, son de la misma opinión, MARTÍN GRANIZO y ALBACAR LÓPEZ, *op. cit.*, p. 499; CANO TELLO, *op. cit.*, p. 758.

<sup>673</sup> *Fundamentos de Derecho...*, 1990, *op. cit.*, pp. 99 y ss.

puede pedir judicialmente el cumplimiento de la promesa, puesto que el propio Código rechaza tal posibilidad. Esto permite el paso a la idea de la razonable y objetiva confianza en el cumplimiento de la promesa, así como a la realización del matrimonio proyectado, lo que puede ser causa suficiente para la realización de operaciones económicas<sup>674</sup>.

Por tanto, la imposibilidad de encuadrar la figura en alguna de las teorías anunciadas, ha planteado el interrogante de la auténtica naturaleza de la promesa de matrimonio.

De lo anterior, se rechaza la doctrina del contrato, porque éste es fuente de obligaciones y la promesa de matrimonio no; la del precontrato, porque el matrimonio no es un contrato y no existe obligación de contraer matrimonio y, finalmente, la de la obligación natural, porque ésta es causa de obligaciones jurídicas -aunque sin responsabilidad- y la promesa no produce obligación jurídica, pero sí es susceptible de responsabilidad - conforme al artículo 43 del Código civil-, debido a que produce una obligación de resarcimiento para el supuesto de ruptura sin causa.

## 5. ACTO JURÍDICO

Las razones que justifican las consideraciones precedentes, han originado, por parte de la doctrina<sup>675</sup> que, para explicar la naturaleza de la promesa de matrimonio, se haya recurrido a su calificación como «acto

---

<sup>674</sup> Así, DÍEZ PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, entienden que «la promesa de matrimonio genera una razonable y objetiva confianza en la realización de éste, que puede ser causa de desembolsos o gastos» (*Sistema de Derecho...*, *op. cit.*, 1989, pp. 65-66) y, *Sistema de Derecho...*, *op. cit.*, 1982, p. 72. En la misma línea, GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> Del Carmen (en *Derecho de Familia*, Càlamo, Albacete, 2005, 2.<sup>a</sup> ed., p. 119) dice que «la promesa de matrimonio puede haber dado lugar a una serie de gastos y desembolsos que los futuros contrayentes han realizado en previsión a su celebración».

<sup>675</sup> Así, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, tras recoger la doctrina italiana reciente, dos son las exclusiones que lleva a cabo. Son, de una parte, la construcción contractualista, debido a la falta de patrimonialidad que la misma presenta y, de otra, la inaceptación del carácter negocial de la promesa, puesto que no se puede pensar en un negocio que no sea capaz de vincular a las partes respecto del objeto convenido. Por tanto, lo más convincente es la tesis que ve la promesa como un acto jurídico en sentido estricto, debido a que sus efectos limitados no nacen de la voluntad de los que se van a casar sino de una mera previsión legislativa (*vid.*, *Responsabilidad por daños en el ámbito de las relaciones familiares. Apud cit.*, CARRIÓN OLMOS, «Promesa de matrimonio...», *op. cit.*, p. 121).

jurídico» y, dentro de él, como «acto jurídico en sentido estricto», en el que los efectos de la promesa se originarían *ex lege* y no *ex voluntate*. Esta calificación se ha encontrado con un obstáculo difícil de superar, debido a la dificultad que plantea determinar cuáles serían los efectos *ex lege* a que se hace referencia. Indeterminación que ha comportado que este *nomen iuris* no sea del todo satisfactorio.

En este sentido, CARRIÓN OLMOS –con acierto- sostiene que dentro de estos efectos –indudablemente- quedaría excluido el propósito de vincularse a contraer matrimonio en el futuro, debido a que éste jurídicamente no es exigible. De modo que excluido este propósito, los únicos efectos que podrían tener cabida son los referidos de forma exclusiva a la obligación de resarcir el menoscabo sufrido por los «gastos hechos» y «obligaciones contraídas» en consideración al matrimonio prometido<sup>676</sup>. Pero, conviene tener presente que esta obligación únicamente tendrá lugar cuando estos conceptos se hayan realizado de forma efectiva y, no en otro caso, por tanto, en el supuesto de que existiese promesa de matrimonio y uno de los prometidos la incumpliese «sin causa», éste nada tendría que resarcir a la otra parte para el supuesto de que esta última no hubiese realizado gastos o asumido obligaciones en consideración al matrimonio prometido<sup>677</sup>.

Desde mi punto de vista parece que está justificada la afirmación que sostiene que, este resultado –posiblemente- no sería del todo conciliable con el propósito de este encuadramiento, ya que dichos efectos no se podrían predicar de la esencia o naturaleza en sí misma del acto que los origina, puesto que la producción de éstos se originarían de forma eventual o hipotética y, no de forma necesaria y, en consecuencia, se estaría haciendo una calificación sobre unos presupuestos que carecen de inherencia

---

<sup>676</sup> Cfr., artículo 43 del Código civil.

<sup>677</sup> «Promesa de matrimonio..., *op. cit.*, p. 124. También, DELGADO ECHEVERRÍA, sostiene que «la indemnización no produce por mediar incumplimiento, sino solo porque éste fue «sin causa». Y, aunque medie incumplimiento sin causa, tampoco habrá que resarcir cuando no se hayan hecho gastos o contraído obligaciones en consideración a esa unión luego frustrada» («Comentarios a los artículos..., *op. cit.*, p. 45).



respecto del acto que se predicen –ya que no pertenecen a la esencia misma de aquél-, debido a que están en función de su posible o no producción, es decir, que su existencia realmente estará o no en función de su eventual o hipotética realización<sup>678</sup>.

## 6. HECHO JURÍDICO COMPLEJO

Adicionalmente, a las anteriores consideraciones doctrinales, surge otra partidaria de calificar la promesa de matrimonio como un «elemento de un hecho jurídico complejo». Esta teoría que ha sido defendida por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, quien sostiene que «se trata simplemente del elemento de un hecho jurídico complejo cuyo efecto jurídico se concreta en la imputación del detrimento causado por ciertos gastos y obligaciones»<sup>679</sup>, lo cierto es que también quiebra, debido a que se agota más en la descripción<sup>680</sup> de la figura que en la cuestión de qué es aquélla.

En la actualidad, los numerosos intentos explicativos de la naturaleza de la promesa de matrimonio y las dificultades suscitadas para ubicar la figura en alguna de las teorías o categorías tradicionales, ha originado que la doctrina este imponiendo –de forma paulatina- la teoría que sostiene que su naturaleza debe ser incardinada en el «ámbito de la confianza»<sup>681</sup>.

---

<sup>678</sup> *Vid.*, las argumentaciones que sobre esta materia aporta CARRIÓN OLMOS, «Promesa de matrimonio...», *op. cit.*, pp. 124-125. Por cuanto atañe a los actos jurídicos en sentido estricto, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (en *El negocio jurídico*, Librería Bosch, Barcelona, 1958, p. 29) sostiene que «en la intimación que el acreedor dirige al deudor para que éste cumpla la obligación el efecto jurídico que se produce es el quedar éste constituido en mora –para el supuesto de que el deudor no cumpla la obligación establecida-».

<sup>679</sup> *Op. cit.*, pp. 28-29.

<sup>680</sup> Esta descripción se plasma en una enumeración de carácter explicativo de cada uno de los ingredientes que presenta dicho hecho jurídico complejo. Estos ingredientes son: a) promesa cierta de matrimonio, b) la realización de gastos o la contracción de obligaciones en consideración al futuro matrimonio, c) incumplimiento voluntario de la promesa de matrimonio y, d) la inexistencia de causa para el incumplimiento (*vid.*, *Ibidem*). Sobre la «compleja relación», en la jurisprudencia menor, entre otras, se pronunciaba la SAP de Burgos, Sección 3.ª, de 21 de julio de 2000 [La Ley, 2000/150535], al decir «[...] aportación que forma parte de la «compleja relación» de recíproca promesa de matrimonio».

<sup>681</sup> Así, DELGADO ECHEVERRÍA, afirma que «precisamente en el terreno de la responsabilidad por defraudación de la confianza depositada en que se mantendrá determinada conducta puede situarse la norma que comentamos» («Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 49).

Calificación que aunque todavía no es totalmente satisfactoria, ofrece una explicación lógica de la figura.

De modo que su naturaleza no se debe agotar en un «acto de la vida social», debido a que ello no aclara realmente cuál es el fundamento del resarcimiento que pueda tener lugar por el incumplimiento sin causa de la promesa de matrimonio<sup>682</sup>.

Esta teoría partidaria de que la promesa de matrimonio se encuentra generalizada como un acto de la vida social, teniendo su naturaleza la consideración de acto jurídico –que no negocio jurídico–, sostiene que se trata de un acto humano producido por una voluntad consciente y exteriorizada que genera una confianza en su ejecución, que puede originar la realización de una serie de gastos, que de no ser por aquélla no se habrían ocasionado<sup>683</sup>. Y, por otra parte, será la Ley -con independencia de dicha voluntad- la que deberá determinar la responsabilidad de la promesa para el

---

*Vid.*, en este sentido, DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ y HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 92; O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER. «Regulación del matrimonio en el Código civil: Requisitos», *en Compendio de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*, Ed. Derecho Reunidas, Madrid, 2001, 5.ª ed., p. 2; CARRIÓN OLMOS, «Promesa de matrimonio...», *op. cit.*, pp. 125-126; CANO TELLO, *op. cit.*, p. 759.

<sup>682</sup> Cfr., artículo 43 del Código civil.

<sup>683</sup> En este sentido, CARRIÓN OLMOS sostiene que «en el campo de las obligaciones humanas resulta innegable que quien promete algo genera una confianza en el destinatario de la promesa, por lo que afirmar lo contrario sería negar la evidencia». Además, de que «éste es el principio del que parte el legislador en tema de promesa de matrimonio» («Promesa de matrimonio...», *op. cit.*, pp. 125-126). En la misma línea, Díez Pícazo y Gullón Ballesteros, tras la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, afirman que «la promesa no constituye en puridad contrato ni negocio jurídico», con lo que abren paso a la idea de la «razonable y objetiva confianza o esperanza en el cumplimiento de la promesa y en la realización del matrimonio proyectado, que puede ser causa suficiente para la realización de operaciones económicas» (*Sistema de Derecho...*, 1982, *op. cit.*, p. 72.). Además añaden en estudios posteriores que «la promesa de matrimonio genera una razonable y objetiva confianza en la realización de éste, que puede ser causa de desembolsos o gastos» (*Sistema de Derecho...*, 1989, *op. cit.*, pp. 65-66) y, DELGADO ECHEVERRÍA, remitiéndose a la explicación dada en su día por CANARIS, perfila la naturaleza jurídica de la promesa de matrimonio poniendo el acento en la relación fáctica que se produce entre prometidos, lo cual, precisamente por la proximidad e intimidad de las partes, da lugar a una relación de confianza y a unos intereses fácilmente lesionables (*vid.*, *Das Verlöbniß als gestzliches Rechtsverhältnis*, *AcP*, 1965, p. 30).

supuesto de su incumplimiento sin causa, es decir, que ésta será la que hará derivar la obligación de resarcir los gastos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido [artículo 43 del Código civil].

## VII. RECIPROCIDAD O UNILATERALIDAD DE LA PROMESA DE MATRIMONIO

En la actualidad, la discusión sobre el carácter unilateral o recíproco de la promesa de matrimonio, aunque presenta escaso sentido debido a que el artículo 42 del Código civil subraya su unilateralidad, sigue suscitando cierto grado de inseguridad, ya que pese a no estar tratada frecuentemente por la doctrina se encuentran posiciones contrapuestas. Unilateralidad que se justifica tanto en el cambio terminológico sufrido por la figura, consistente en la sustitución de la expresión canónica de «esponsales» por la civil de «promesa de matrimonio», como por el propio concepto, puesto que las nociones de promesa y de estipulación hacen hincapié en la posición del renitente.

En este sentido la doctrina se ha planteado, de una parte, si la promesa de matrimonio debe ser necesariamente bilateral y recíproca y, de otra, si es factible su existencia en el supuesto de que fuera unilateral - cuando sea aceptada por el otro promitente-.

Frente a dichas cuestiones BADOSA COLL<sup>684</sup>, tras analizar la incidencia que tuvo la Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre la figura, entiende que, en la actualidad, se sigue tratando de una promesa de carácter recíproco, aunque esta reciprocidad no esté reflejada ni en la terminología, ni en el régimen jurídico.

Por el contrario, DELGADO ECHEVERRÍA<sup>685</sup> apoyándose en que lo decisivo es la valoración que haga el Derecho de tal aceptación, excluye de forma

---

<sup>684</sup> «Comentarios a los artículos..., 1984, *op. cit.*, p. 114. Los términos concretos son: «no es que se trate, ahora, de un acto unilateral ni tan sólo aceptado por su destinatario, sino que sigue siendo una promesa recíproca. Si bien esta reciprocidad no está reflejada ni en la terminología ni en el régimen jurídico».

<sup>685</sup> «Comentarios a los artículos..., *op. cit.*, p. 41.

expresa y a diferencia del común de la doctrina española anterior<sup>686</sup> que la promesa deba ser recíproca, puesto que obedece al principio contractualista de la tradición de los antiguos esponsales y no a la disciplina legal<sup>687</sup>.

Con todo se ha de reseñar que este planteamiento aunque resulta lógico, debido a que de considerarse la promesa de matrimonio necesariamente recíproca, no sería necesario que ambos promitentes cumplieren el requisito de capacidad<sup>688</sup> establecido para resultar el promitente incumplidor obligado a resarcir al otro, lo cierto es que aunque quien haya realizado los gastos no reúna el requisito de capacidad -mayor de edad o emancipado-, si lo reúne el incumplidor se estará dentro del supuesto previsto del artículo 43 del Código civil, siendo necesario que ese menor se encuentre en una situación<sup>689</sup> en la que resulte razonable haber confiado en la celebración del matrimonio<sup>690</sup>.

Por otra parte, en la jurisprudencia menor española, dicho extremo dista de ser enfocado desde un único criterio.

Así, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.ª, de 8 de octubre de 2004*, en la descripción que realiza de la promesa de matrimonio, se refiere de forma expresa al carácter unilateral o bilateral de la figura, al establecer que «la promesa de matrimonio, viene recogida en los artículos 42 y 43 del Código civil, referidos a los antiguos esponsales, que

---

<sup>686</sup> En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO y ALBALADEJO GARCÍA dicen que «no resultaba del todo claro que el Código exigiera la forzosa bilateralidad de los esponsales, siendo así que el Codex de Derecho Canónico admite la promesa unilateral y, el Código la refería a un mayor de edad y a un menor» (*op. cit.*, p. 49).

<sup>687</sup> Además, tras analizar la incidencia de la figura después de la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, concluye que «la negación de los efectos jurídicos se refiere a cualquier promesa de matrimonio, unilateral o recíproca, entre personas capaces o no, cualquiera que sea su forma» y, añade que «ciertamente, una propuesta de matrimonio no respondida en plazo adecuado no puede fundar una confianza razonable en que será mantenida; y, por el contrario, la aceptación de la promesa supone la manifestación de la propia disposición a casarse» («Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 41).

<sup>688</sup> Este requisito está concretado en la mayoría de edad o en la emancipación.

<sup>689</sup> Proximidad a la mayoría de edad, posible emancipación o dispensa.

<sup>690</sup> *Vid.*, DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 51.

consistían en la promesa, deliberada y expresada de un modo sensible de futuro matrimonio entre personas determinadas e idóneas, unilaterales o bilaterales (que recibe el nombre de esponsalicia) [...]»<sup>691</sup>.

Por el contrario, cuestión distinta es la que sustancian las *Sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 3 de mayo de 2005*<sup>692</sup> y de *Almería, de 24 de octubre de 1994*, que describen la figura como «una doble declaración de voluntad, constituyendo una recíproca y mutua promesa»<sup>693</sup>.

En particular, llama la atención que en alguna Sentencia<sup>694</sup> se subraye el carácter mutuo de la promesa de matrimonio, sin embargo, dicha referencia se hace de forma exclusiva respecto del caso concreto a tratar, por lo que no parece que se esté diciendo que toda promesa deba ser mutua, sino que ésa en concreto, lo fue<sup>695</sup>.

Por tanto, intentar establecer diferencias entre «promesa unilateral» aceptada por uno de los promitentes y «promesa recíproca o mutua», no tiene demasiado sentido, máxime si se entiende que solo cuando la promesa sea recíproca cabrá que, en su caso, se produzcan los efectos previstos por el legislador en los artículos 42 y 43 del Código civil, debido a que se trata de la misma figura -promesa de matrimonio-.

A mayor abundamiento, la mera aceptación de la promesa supone la manifestación de la propia disposición a casarse, por ello quien acepta la

---

<sup>691</sup> [JUR, 2004/303882].

<sup>692</sup> [La Ley, 2005/97741].

<sup>693</sup> Así, la SAP de Almería, de 24 de octubre de 1994 [AC, 1994/2380], establece que «La promesa de matrimonio, antiguos esponsales, regulada en los artículos 42 y 43 del Código Civil, es definida por la doctrina como un negocio jurídico preparatorio del Derecho de familia, por el que dos personas de distinto sexo y con capacidad matrimonial se obligan a celebrar matrimonio en el futuro, se trata, por tanto, de una doble declaración de voluntad, constituyendo una recíproca y mutua promesa».

<sup>694</sup> En este sentido, la SAP de Toledo, Sección 2.ª, de 3 de abril de 2000 [AC, 2000/4476], dice que «es lo cierto, que tras el examen de la demanda (hechos tercero, cuarto y quinto) y la contestación (hecho segundo), la promesa de matrimonio existió y fue mutua, puesto que ambas partes lo reconocen expresamente».

<sup>695</sup> *Vid.*, CARRIÓN OLMOS, «Promesa de matrimonio...», *op. cit.*, p. 130.

promesa -solo por el mero hecho de la aceptación- evidencia a su vez su propósito de contraer matrimonio, debido a que de otra forma no se podría confiar de forma razonable en que quien se promete mantuviese la palabra dada<sup>696</sup>.

Asimismo, la inexistencia en el tratamiento doctrinal de la promesa de matrimonio de toda referencia a la circunstancia de que aquélla deba tener lugar «entre personas determinadas», se justifica en que si lo que se está prometiendo es el matrimonio, no tendría sentido alguno realizar una promesa entre personas inciertas.

En este sentido y, frente a dicha obviedad, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.ª, de 8 de octubre de 2004* hace referencia a la circunstancia de que la promesa de matrimonio debe tener lugar entre personas determinadas, siendo presentado su literal en los siguientes términos: «La promesa de matrimonio viene recogida en los artículos 42 y 43 del Código civil, referido a los antiguos esponsales, que consistían en la promesa, deliberada y expresada de un modo sensible de futuro matrimonio entre personas determinadas e idóneas [...]»<sup>697</sup>.

---

<sup>696</sup> En este sentido, REINA Y MARTINELL sostienen que «esta aceptación, si no va acompañada de explícita promesa, normalmente la llevará implícita». Asimismo, dicen que «hay casos en que las consecuencias de resarcimiento de gastos podrán recaer sólo en una de las partes si se niega sin causa al matrimonio y, no en la otra parte aunque sea la incumplidora, quedando el supuesto, un tanto, teórico de que el prometido se limitará a aceptar la promesa, pero sin él prometer ni explícita, ni implícitamente el matrimonio». No obstante, entienden –con acierto– que «en caso de inaceptación por uno de los promitentes, no se puede esperar razonablemente el mantenimiento de la promesa del otro. Y, por tanto, la cuestión queda conectada con el hecho de si ha habido o no defraudación de la confianza y, en consecuencia, si las circunstancias con que fue emitida y recibida la promesa de matrimonio podían originar dicha confianza» (*op. cit.*, p. 267).

<sup>697</sup> [JUR, 2004/303882].

## VIII. CARACTERÍSTICAS

### 1. CAPACIDAD

Como ya se ha dicho, el derogado artículo 44 del Código civil de 1889<sup>698</sup> que regulaba en la redacción originaria los esponsales, ha sido sustituido tras la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, por el vigente artículo 43 del Código civil, conforme al cual: «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 [...]».

Con el derogado precepto en su versión originaria se hacía referencia a «un mayor de edad» y a «un menor asistido por la persona cuyo consentimiento fuere necesario para la celebración del matrimonio».

Con esta referencia se originaron dudas en los supuestos de menores emancipados que, aunque en principio, desaparecieron con el párrafo primero del artículo 45 de la Ley 24 de abril de 1958 al prohibirse el matrimonio del «menor de edad no emancipado por anteriores nupcias que no hubiere obtenido la licencia de las personas a quienes corresponde otorgarla»<sup>699</sup>, lo cierto es que se salvan de forma directa y definitivamente con el texto contenido en el artículo 43 del Código civil, al aludir el precepto de forma expresa al menor emancipado.

De modo que con esta nueva redacción, en principio, solo podrán celebrar la promesa de matrimonio aquellas personas que tengan capacidad<sup>700</sup> para contraer nupcias, debido a que se hace referencia a la promesa realizada por «persona mayor de edad o menor emancipado». Estos

---

<sup>698</sup> Cfr., artículo 44 del Código civil de 1889.

<sup>699</sup> *Vid.*, CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. II, Reus, Madrid, 1988, 14.<sup>a</sup> ed., pp. 165-166; GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio...*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>700</sup> Capacidad que también era exigida por el derogado artículo 44 del Código civil de 1889, y que se encontraba referida a la de contraer matrimonio, ya que de tratarse de un menor de edad, éste debía ser asistido por la persona cuyo consentimiento fuera necesario para la celebración del matrimonio, lo cual remitía a los titulares de la licencia matrimonial de los ya derogados artículos 45. 1 y 46 a 49 del Código civil.

sujetos que son los previstos por el artículo 46<sup>701</sup> del Código civil, son los que tienen aptitud para contraer el matrimonio.

En virtud de lo anterior, está justificada la afirmación que sostiene que, la única promesa de matrimonio relevante jurídicamente en la que concurren los presupuestos<sup>702</sup> previstos por el precepto, será la formulada por estos sujetos<sup>703</sup>. De modo que con la exigencia prevista por el precepto, la pretensión del legislador ha sido la de que sean éstos y, no otros, los que queden obligados al resarcimiento de los gastos.

Con todo, se ha de reseñar que, conforme al paralelismo que presenta esta exigencia con lo establecido en el párrafo primero del artículo 46<sup>704</sup> del Código civil, solamente podrán celebrar promesa de matrimonio los sujetos que tengan la capacidad para contraer aquél y, por tanto, únicamente se encontrarían obligados a reparar aquéllos que pudiesen contraer matrimonio sin dispensa<sup>705</sup>. Esto podría parecer en sintonía con la exigencia de seriedad o certeza que debe presentar la promesa para que sea cierta, ya que solo cabría confiar razonablemente y, considerar «seria» la promesa dada por quien tuviese capacidad para contraer nupcias sin recabar dispensa<sup>706</sup>.

---

<sup>701</sup> «-No pueden contraer matrimonio: -1. Los menores de edad no emancipados. -2. Los que estén ligados con vínculo matrimonial».

<sup>702</sup> Presupuestos consistentes en que el incumplimiento se realice sin causa y, que además, se hubiesen realizado gastos o contraído obligaciones en consideración al matrimonio prometido.

<sup>703</sup> En este sentido, GARCÍA CANTERO, sostiene que «el vigente artículo 43 del Código civil se refiere únicamente al mayor de edad y al menor emancipado y, lógicamente, por extensión analógica, se entiende también por el habilitado de edad» («Comentarios a los artículos..., *op. cit.*, p. 36) y, *vid.*, CARRIÓN OLMOS, «Promesa de matrimonio..., *op. cit.*, p. 131.

<sup>704</sup> Cfr., artículo 46. 1 del Código civil.

<sup>705</sup> *Vid.*, GARCÍA CANTERO, «Comentarios a los artículos..., *op. cit.*, p. 36; DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos..., *op. cit.*, p. 51; ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil...*, 1984, *op. cit.*, p. 14.

<sup>706</sup> *Vid.*, ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 475.



Sin embargo, habría sido lógico poder valorar, en cada caso concreto, cuándo se considera la confianza razonable y fundada, por lo que si ello de ordinario debería pasar por la mayoría de edad o la emancipación, en el caso del promitente obligado a resarcir el daño no debería ser así. Este sería el caso, por ejemplo, del menor emancipado que ha contraído nupcias con dispensa y, en consecuencia, ya se encuentra emancipado por matrimonio.

No obstante, parte de la doctrina<sup>707</sup> -con acierto- sostiene que la conexión de la exigencia prevista por el párrafo primero del artículo 43 -persona mayor de edad o menor emancipado- sobre el requisito de edad para contraer matrimonio contenido en el párrafo primero del artículo 46 del Código civil no parece ponerse en duda, sin que baste para cambiar la circunstancia de que también pueden contraer matrimonio los mayores de catorce años con dispensa judicial, conforme a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 48<sup>708</sup>, aunque queden fuera de la literalidad, que presenta el artículo 43.

Otra cuestión directamente relacionada con la figura, se concreta en determinar si los menores no emancipados tienen cerrada de forma absoluta el paso a la celebración de la promesa de matrimonio<sup>709</sup>. Esta cuestión ha sido salvada por GARCÍA CANTERO<sup>710</sup> quien -con acierto- sostiene que la respuesta a dicha cuestión debe ser negativa, debido a que si los menores no emancipados mayores de catorce años con dispensa judicial<sup>711</sup>, pueden contraer matrimonio, es lógico que también puedan celebrar la

---

<sup>707</sup> En este sentido, *vid.*, CARRIÓN OLMOS, «Promesa de matrimonio...», *op. cit.*, p. 131; GARCÍA CANTERO, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 36.

<sup>708</sup> «-El Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años. En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores».

<sup>709</sup> *Vid.*, *Ibidem.*

<sup>710</sup> «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 36.

<sup>711</sup> Cfr., párrafo segundo del artículo 48 del Código civil.

promesa. Dispensa que tendrá la eficacia convalidante que contempla el párrafo tercero<sup>712</sup> del artículo 48 del Código civil.

Por el contrario, BADOSA COLL<sup>713</sup>, conecta esta exigencia con el párrafo primero del artículo 1.263<sup>714</sup> del Código civil, entendiendo que el actual artículo 43, con su referencia a la persona mayor de edad o al menor emancipado, desmatrimonializa la promesa de matrimonio, debido a que reconduce la capacidad a la de obligarse contractualmente, la cual es coincidente con la de consentir el contrato.

Este planteamiento que comporta que el acto preparatorio exija de una capacidad más estricta que el acto al que atiende -capacidad que se reconduce a la contractual-<sup>715</sup>, se justifica en el afán de contractualizar la regulación de la figura frente a la obligación legal de reparación<sup>716</sup>.

Se añade otra cuestión, referida a la exclusión que hace el artículo 43 del Código civil de aquellos supuestos en los que el promitente es mayor de edad o emancipado cuando incumple la promesa -ya manifestados los gastos u obligaciones-, pero era menor no emancipado con dispensa cuando realizó la promesa de matrimonio. Esta exclusión realizada por el precepto y, que resulta del todo evidente, se justifica en que la pretensión del legislador, ha sido que -únicamente- puedan ser objeto de responsabilidad las promesas de matrimonio realizadas por los sujetos que pueden contraer nupcias sin

---

<sup>712</sup> «-La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes».

<sup>713</sup> «Comentarios a los artículos...», 1991, *op. cit.*, p. 260.

<sup>714</sup> Según el citado precepto, redactado por la Ley 14/1975, del 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges. La redacción del segundo supuesto fue establecida por la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: «-No pueden prestar consentimiento: -1. Los menores no emancipados».

<sup>715</sup> *Vid.*, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1984, *op. cit.*, p. 116.

<sup>716</sup> *Vid.*, en este sentido, QUESADA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 2; ALBALADEJO, Manuel: *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*, Librería Bosch, Barcelona, 1982, p. 34; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Compendio de Derecho civil*, T. IV, *Derecho de familia*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, p. 40.

necesidad de dispensa<sup>717</sup> -y no otros-<sup>718</sup>. De este modo se salvaguarda de toda responsabilidad al menor no emancipado que promete matrimonio.

En suma, las promesas de matrimonio realizadas por menores no emancipados serán ineficaces, debido a que el deber de resarcimiento – únicamente- surge en los supuestos en que éstas hayan sido realizadas por los sujetos a los que alude de forma expresa el precepto -mayor de edad o menor emancipado-. Esta ineficacia se justifica en que dicha condición no concurre en el supuesto de un dispensado de edad, puesto que no ha contraído matrimonio<sup>719</sup>. Sin embargo, esta condición sí concurrirá en aquellos supuestos en los que éste haya contraído matrimonio con dispensa, ya que se encontrará emancipado por matrimonio y, por tanto, su promesa tendrá la consideración de eficaz, quedando sujeto –si es el caso- al deber de resarcimiento.

Además de la imposibilidad prevista para los sujetos comprendidos en el párrafo primero del artículo 46 del texto legal y, sin ánimo de hacer sino más que un breve apunte, también conviene aludir a la imposibilidad de formalizar promesas de matrimonio por los sujetos comprendidos en el artículo 47<sup>720</sup> del Código civil, ya que si se trata de un impedimento dispensable, la promesa se encontrará condicionada por lo que a atañe a su validez, a la obtención de la dispensa y, lo mismo en el caso de que estuviese pendiente de un proceso de nulidad o disolución de un matrimonio anterior<sup>721</sup>.

---

<sup>717</sup> Cfr., artículos 46. 1 y 48 del Código civil.

<sup>718</sup> Por el contrario, ASÚA GONZÁLEZ, sostiene que «este supuesto no se debería excluir del mencionado precepto» (*op. cit.*, p. 475).

<sup>719</sup> *Vid.*, DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ y HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pp. 100-101.

<sup>720</sup> «-Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: 1. Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción. -2. Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado. 3. Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos».

<sup>721</sup> GERNHUBER, Joaquín (en *Lehrbuch des Familienrechfi*, Munchen, 1980, p. 76) sostiene que «no le parece justo que se autorice la celebración de esponsales estando pendiente el proceso de divorcio». En idéntico sentido, RAGEL SÁNCHEZ dice que aquí se sigue la antigua

En este punto, CARRIÓN OLMOS<sup>722</sup> sostiene que la existencia de vínculo matrimonial anterior respecto de alguno de los promitentes impide entender existente la promesa entre ellos, al incluir dentro del ámbito de la capacidad para la promesa la circunstancia de la libertad de estado de aquéllos que la formulan.

Por su parte, también la jurisprudencia menor se ha pronunciado en idéntico sentido. En particular, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 21 de diciembre de 2000*<sup>723</sup>, niega la existencia de verdadera promesa de matrimonio cuando el estado civil del actor no le permitía contraerlo y, añade que tampoco la apelante hubiera podido contraer matrimonio por su estado civil, debido a que consta en el certificado de nacimiento de la hija común su estado de «separada» sin que se haya aportado sentencia de divorcio posterior.

Otra cuestión de interés, se centra en establecer si en los supuestos en los que, estando uno u ambos de los promitentes casados, esta circunstancia podría impedir que se generase la confianza respecto al cumplimiento de dicha promesa de matrimonio, subordinado indudablemente él o ambos promitentes a la disolución del vínculo matrimonial anterior existente aún cuando la promesa se realizó<sup>724</sup>.

Por cuanto a la licitud de dicha promesa condicional o a término se refiere, conviene precisar que ésta se encuentra fuera de toda duda, de modo que la promesa existente entre las personas que se encuentren vinculadas por matrimonio anterior con tercero se deberá reconducir a este ámbito.

---

regla «prohibido el matrimonio se entienden prohibidos los esponsales» (*op. cit.*, p. 55). *Vid.*, también, GARCÍA CANTERO, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 6.

<sup>722</sup> «Promesa de matrimonio...», *op. cit.*, p. 131.

<sup>723</sup> [JUR, 2001/66878].

<sup>724</sup> En este sentido, REINA y MARTINELL opinan que «la solución dependerá del grado de confianza que merezca la promesa, debido a que no es lo mismo la promesa realizada en circunstancias normales de convivencia, que la realizada estando la parte casada en trámites de divorcio» (*op. cit.*, p. 268).

No obstante, al tratarse de una condición de carácter simplemente potestativo<sup>725</sup>, en el supuesto de obtención de una sentencia de divorcio, aún dependiendo de la voluntad del sujeto -que lógicamente ha de instarlo- para algunos autores<sup>726</sup> se plantea la imposibilidad de poder afirmar que dependa de forma exclusiva de aquélla. Mientras que para otros esta posición resulta más dudosa, debido al carácter abstracto de la petición de divorcio y la nula posibilidad de oposición del otro cónyuge como del juez, permitiéndoles entender que posiblemente se trate de una Sentencia de mera declaración de certeza o que simplemente constata un Estado civil a efectos de dar seguridad jurídica a los involucrados como a los demás terceros<sup>727</sup>.

Asimismo, resulta innegable que la libertad de Estado resulta requisito necesario, pero como -con acierto- dice CARRIÓN OLMOS<sup>728</sup> tras las modificaciones realizadas por la Ley 15/2005, de 8 de Julio, que posibilitó demandar el divorcio sin necesidad de expresar causa alguna transcurridos tres meses desde la celebración de las nupcias, la celebración de esponsales realizados por aquellas personas que se encuentren en las condiciones mencionadas serán plenamente validos y lícitos, considerándose como promesa condicional.

En particular, llama la atención que el artículo 43 del Código civil no haga alusión alguna a los incapacitados, pese a que, en principio, las personas declaradas incapaces pueden contraer matrimonio cuando en el momento de la prestación del consentimiento tengan la capacidad necesaria para otorgar éste. Consentimiento que no podrá ser prestado por los incapacitados por sentencia judicial conforme a lo previsto en el artículo

---

<sup>725</sup> Son aquéllas que se caracterizan por ser en las que aún cuando su realización depende del libre albedrío del deudor, el hecho condicionante no está subordinado exclusivamente a su arbitrio por existir factores externos que escapan a su propia voluntad pues no los controla por entero.

<sup>726</sup> *Vid.*, CARRIÓN OLMOS, «Promesa de matrimonio...», *op. cit.*, p. 132.

<sup>727</sup> *Vid.*, VARGAS ARAVENA, David Gonzalo: *Daños civiles en el Matrimonio*, Salamanca, 2009, p. 38.

<sup>728</sup> «Promesa de matrimonio...», *op. cit.*, p. 131.

200<sup>729</sup> –precepto que hace referencia a las enfermedades o deficiencias físicas y psíquicas-.

De lo anterior se sigue que, en principio, podrán formalizar la promesa de matrimonio, de una parte, los que reúnan los requisitos previstos en el párrafo segundo del artículo 56<sup>730</sup> del Código civil, de otra, los incapacitados por graves deficiencias físicas y, finalmente, respecto a los supuestos de incapacitación psíquica, se habrá de estar a los términos de la sentencia. De modo que el incapacitado se podrá prometer en matrimonio solamente cuando pueda emitir el consentimiento por sí mismo y con plena conciencia, lo que –únicamente- tendrá lugar en el supuesto de incapacitado por anomalías psíquicas durante el intervalo lúcido<sup>731</sup> y, por tanto, la manifestación de la voluntad deberá haber sido realizada con los imprescindibles presupuestos psíquicos para que pueda ser calificada como tal.

En este sentido, en los supuestos de promesa de matrimonio dada o recibida por incapacitado por anomalía o deficiencia psíquica, la otorgación y, posterior ruptura sin causa de la promesa por la parte capaz a quien padezca anomalía o deficiencia psíquica, no le exime de su responsabilidad en los términos previstos por el artículo 43 del Código civil, cuando su promesa sea «seria» -es decir, cuando atendidas las circunstancias, se pueda confiar razonablemente en aquélla-<sup>732</sup>.

No obstante, el desconocimiento y descubrimiento con posterioridad de dichas anomalías o deficiencias psíquicas –cuando éstas se puedan considerar de suficiente entidad- tendrán la consideración de causa

---

<sup>729</sup> Este precepto redactado por Ley 13/1983, del 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, se presenta en los siguientes términos: «-Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma».

<sup>730</sup> «-Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

<sup>731</sup> *Vid.*, en idéntico sentido, BUSTO LAGO, *op. cit.*, p. 262.

<sup>732</sup> En este sentido, *vid.*, REINA y MARTINELL, *op. cit.*, p. 267.

suficiente de ruptura y, a diferencia del supuesto anterior, en este caso no será imputable a la parte capaz la no celebración del matrimonio cuando la otra parte resulte no tener la aptitud necesaria para prestar el consentimiento matrimonial<sup>733</sup>. Mientras que si la promesa de matrimonio fue otorgada por incapacitado por deficiencia o anomalía psíquica y, si aún a pesar de sus deficiencias es capaz para el matrimonio, si ésta fue tenida por <seria> por la otra parte, su ruptura sin causa podrá dar origen a su responsabilidad.

## 2. CERTEZA DE LA PROMESA

El vigente artículo 43 del Código civil, exige que la promesa de matrimonio sea <cierta>. Por tanto, en la actualidad, de conformidad con la literalidad que presenta el precepto, únicamente se requiere que la promesa contenga una voluntad cierta de contraer matrimonio por ambas partes<sup>734</sup>, sobresaliendo su carácter eminentemente consensual, como ocurría en el Derecho Romano<sup>735</sup>. Sin embargo, esta certeza aunque ha sustituido los requisitos de forma o de publicación de las proclamas<sup>736</sup> establecidos en el derogado párrafo primero del artículo 44 del Código civil de 1889 -el cual solo tomaba en consideración las promesas realizadas conforme a dichos extremos-, lo cierto es que, en la actualidad, ha suscitado controversias doctrinales y jurisprudenciales, respecto de la <certeza> que debe presentar la promesa.

En este sentido, parte de la doctrina, sostiene que el requisito de la certeza apunta a la posibilidad de prueba en la promesa de matrimonio y, por tanto, sería <cierta> toda promesa respecto de la que fuera posible probar su existencia.

---

<sup>733</sup> *Vid.*, DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 52.

<sup>734</sup> *Vid.*, RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 55; BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1984, *op. cit.*, p. 116; VARGAS ARAVENA, *op. cit.*, p. 38.

<sup>735</sup> *Vid.*, [D. 33, 1, 4 (PAULUS, Libro LXII, ad Edictum)].

<sup>736</sup> Estos requisitos de forma siguen vigentes en la legislación italiana [artículo 81 del Código civil italiano de 1942].

Así, GARCÍA CANTERO, aludiendo a la sustitución en trámite del Senado de «seria» por «cierta», considera que «esta exigencia se concreta en que sea debidamente probada, constando su existencia por cualquiera de los medios admitidos en Derecho»<sup>737</sup>. De modo que la certeza aludiría al tema probatorio, quedando su apreciación sujeta a las reglas generales, conforme a la inexigibilidad de prueba singular<sup>738</sup>.

Por otra parte, al operar el principio de libertad de prueba, la promesa de matrimonio -tras la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio- se podrá realizar de cualquier forma -expresa (verbal o escrita) o, tácita (relación de noviazgo)-.

Conforme a esta teoría, la certeza no significa que la promesa se haya documentado, sino que se pueda probar su existencia por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho. En este sentido, se han admitido como medios de prueba, entre otros, el certificado del cura párroco, las declaraciones de amigos personales de las partes que conocían las intenciones de éstos o, las obras realizadas por parientes de uno de los futuros contrayentes en la vivienda del otro. En particular, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 5.ª, de 15 de noviembre de 2000* (La Ley, 2000/207994), admitió la carta que el demandado dirigió a la demandada en la que se le proponía la celebración del matrimonio.

En similar sentido, se pronunciaba la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, de 3 de abril de 2000* (AC, 2000/4476) en

---

<sup>737</sup> «Comentarios a los artículos..., *op. cit.*, p. 40 y, *vid.*, en este sentido, las aportaciones de GETE-ALONSO Y CALERA, *op. cit.*, p. 119; DE VERDA Y BEAMONTE, «Consecuencias económicas..., *op. cit.*, p. 27.

<sup>738</sup> En este sentido, ESPÍN CÁNOVAS, dice que «la certeza alude al tema probatorio y al no exigirse ninguna prueba singular quedará sujeta en su apreciación a las reglas generales» (*Manual de Derecho civil...*, 1984, *op. cit.*, p. 14). También, Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, sostienen que «la certeza no significa que la promesa se haya documentado, por lo que, se puede probar su existencia por cualquiera de los medios de prueba» (*Sistema de Derecho...*, 2006, *op. cit.*, p. 64) y, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos (en *Código civil. Comentarios, Notas y Jurisprudencia*, Madrid, 2007, p. 97) entiende que «la certeza dependerá de cada caso concreto, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales acerca de su fehaciencia».



la que se consideró probada por la publicidad que se revela del conocimiento de familiares y amigos sobre el matrimonio proyectado por los promitentes, por la fecha fijada en un día concreto para realizar la ceremonia y, por la reserva de la iglesia y restaurante desde el momento de la decisión de contraer matrimonio en fecha concreta; la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 24 de octubre de 1994* (AC, 1994/2380), consideró probada la existencia de la promesa de matrimonio, por el certificado del cura párroco y por las testificales de éste y de tres testigos que por sus relaciones personales con la actora conocían las relaciones afectivas de ésta con el demandado, al afirmar que en enero de 1990 los litigantes hicieron participes a sus amigos y familiares de su intención de contraer matrimonio, el cual se debía celebrar en mayo de 1992 y, finalmente, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996* (RJ, 1996/9020), la dedujo de la circunstancia de que se había incoado el oportuno expediente previo y, fijado fecha concreta para la celebración del acto.

Por el contrario, otro sector doctrinal<sup>739</sup>, entiende que la existencia de la certeza tiene que ver en lo fundamental con la seriedad misma de la promesa de matrimonio, es decir, en el sentido de promesa seria expresiva de una verdadera intención de contraer matrimonio y no de una mera predisposición.

Conforme a esta teoría, DE VERDA Y BEAMONTE<sup>740</sup> –con acierto– sostiene que lo que debe existir –en un periodo de tiempo razonable– es un serio

---

<sup>739</sup> En este sentido, SANCHO REBULLIDA, sostiene que «los requisitos establecidos por el derogado párrafo primero del artículo 44 del Código civil respondían a una demanda de seriedad» (*op. cit.*, p. 36). También, BADOSA COLL, añade que «ahora suprimidos los requisitos, tal seriedad continua invocada pues se identifica la promesa cierta con promesa seria» («Comentarios a los artículos...», 1991, *op. cit.*, p. 260) y, ALBALADEJO GARCÍA, sostiene que «el legislador al pedir que haya una promesa cierta o verdadera de matrimonio, implica el que pida que haya promesa «seria» de casarse» (*Curso de Derecho...*, 1982, *op. cit.*, p. 37). Postura que mantiene en ediciones posteriores del mismo libro (*vid.*, *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*, Librería Bosch, Barcelona, 1987, 3.ª ed., p. 37 y, *Curso de Derecho...*, 2006, *op. cit.*, p. 37) y, *vid.*, FERRANDIS VILELLA, *op. cit.*, p. 1226.

<sup>740</sup> «Consecuencias económicas...», *op. cit.*, p. 27.

propósito de contraer nupcias, por lo que no deberá ser suficiente una mera relación de noviazgo como pura hipótesis, pendiente de ulterior concreción.

También, para otros autores<sup>741</sup>, esta seriedad sigue siendo el requisito decisivo que caracteriza la promesa de matrimonio, que ha de estar dirigida a la celebración de un matrimonio –ya civil o, en una de las formas religiosas previstas- con efectos para el ordenamiento estatal.

En suma, aunque resulta acertada esta premisa concretada en la seriedad de la promesa, debido a que obligaría a excluir del ámbito propio contemplado por el legislador la promesa referida a una unión en alguna forma religiosa pero carente de eficacia civil o, incluso, según ritos matrimoniales propios de una etnia determinada -como sería la gitana- y quizás también tendría cabida la referida a formas matrimoniales confesionales, cuando aún teniendo reconocimiento civil, se pretendiera la inclusión de sus efectos a través de la no inscripción en el Registro Civil, lo cierto es que, por el contrario, actuaría el carácter no constitutivo que atribuye el artículo 61<sup>742</sup> del Código civil a la inscripción del matrimonio en el Registro Civil.

También, BADOSA COLL<sup>743</sup> pone de manifiesto que «la <certeza> se debe reconducir al contenido de la promesa», es decir, que se trate de una verdadera promesa de matrimonio, configurada como una manifestación de la voluntad de celebrar el futuro matrimonio con su destinatario<sup>744</sup>.

---

<sup>741</sup> *Vid.*, DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 50; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 145.

<sup>742</sup> «-El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil. El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas».

<sup>743</sup> «Comentarios a los artículos...», 1984, *op. cit.*, p. 116.

<sup>744</sup> En este sentido, LLEDO YAGÜE, sostiene que «la promesa de matrimonio ha de ser cierta, es decir, debe haber una verdadera voluntad de contraer matrimonio, no siendo preciso que haya sido recogida por escrito» (*op. cit.*, p. 34). *Vid.*, también QUESADA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 2.

Este pronunciamiento que permite distinguir entre la promesa de matrimonio en sentido técnico de otras manifestaciones -las cuales quedarán excluidas- que no fuera la voluntad de contraer matrimonio -manifestaciones de sentimientos o, en que el matrimonio parezca solo a nivel de conjetura o hipótesis<sup>745</sup>-, permite excluir de dicho ámbito las meras relaciones antematrimoniales de hecho por duraderas que hubieran sido, debido a que «cierta» equivale a «seria». Equiparación última que era prevista por el artículo 43 del Proyecto presentado por el Consejo de Ministros a las Cortes el 25 de enero de 1980 -BOCG, de 13 de marzo de 1980<sup>746</sup>-.

De lo expuesto se sigue que, esta última teoría es la que predomina -con acierto- en la jurisprudencia menor más reciente. En particular, las *Sentencias de la Audiencia Provincial de Almería, de 24 de octubre de 1994* (AC, 1994/2380) y, *de Barcelona, Sección 19.ª, de 12 de junio de 2008* (JUR, 2008/317049) afirman la innecesaridad de que la promesa sea cierta, es decir, que se trate de una verdadera promesa de matrimonio dotada de una verdadera voluntad de celebración del futuro matrimonio -hasta aquí lo que debería entenderse por certeza- y, a continuación, por lo que a la prueba misma de la promesa se refiere, sostienen que esta cuestión de hecho se puede acreditar por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho.

En los mismos términos se pronuncian las *Sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 3 de mayo de 2005* (La Ley, 2005/97741) y, *de Toledo, Sección 2.ª, de 3 de abril de 2000* (AC, 2000/4476), al afirmar que esas manifestaciones de voluntad, es decir, las realizadas por el demandado y la actora, seguidas de actuaciones materiales tendentes a llevarlas a cabo -entre otras, la reserva de la iglesia y del

---

<sup>745</sup> *Vid.*, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1984, *op. cit.*, p. 116.

<sup>746</sup> Así, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis (en *Derecho de familia y de la persona*, Vol. VII, Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA (coord.), Bosch, Barcelona, 2007, p. 29) sostiene que «evidentemente la promesa de matrimonio ha de ser verdadera, por lo que el calificativo parece indicar que se ha de tratar de una auténtica promesa de casarse y no un simple ofrecimiento o una afirmación» y, *vid.*, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1991, *op. cit.*, p. 260. También, *vid.*, Boletín de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados, de 13 de marzo de 1980, Serie A: Proyectos de Ley, n. 123-I, pp. 855-856.

restaurante- constituyen la promesa cierta de matrimonio a que se refiere el artículo 43 del Código civil. Además, añaden que estamos ante la segura y probada voluntad de contraer matrimonio, declarada por personas mayores de edad y no en presencia de declaraciones de sentimientos o de manifestaciones de voluntad aparente.

Mientras que la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14.ª, de 17 de enero de 2000* (AC, 2000/1134) desestimó la demanda resarcitoria, al considerar que de la prueba practicada no se podía deducir la existencia de la «promesa cierta de matrimonio» invocada, máxime teniendo en cuenta que de la correspondencia aportada resulta que el matrimonio era un mero proyecto.

En suma, la promesa de matrimonio realizada por uno de los promitentes deberá suscitar en el otro la confianza razonable -consideradas diligentemente todas las circunstancias- de que el matrimonio se realizará, por tanto, consideradas las circunstancias y suscitada dicha confianza «razonable», será lógico entender prudente el realizar desembolsos para preparar el futuro matrimonio proyectado<sup>747</sup>.

En la actualidad, ésta es la acertada perspectiva predominante entre doctrina y jurisprudencia: entender la exigencia de la certeza referida a la prueba misma de la existencia de la promesa de matrimonio, conduce a una obviedad consistente en que en cualquier caso será preciso probar su existencia para que se puedan realizar los limitados efectos que el legislador prevé para el caso de incumplimiento sin causa de la promesa<sup>748</sup>, sin que ello sea impedimento para que ésta no requiera de forma alguna<sup>749</sup>. De modo

---

<sup>747</sup> *Vid.*, DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 50; Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho...*, 2006, *op. cit.*, p. 64.

<sup>748</sup> *Vid.*, CARRIÓN OLMOS, «Promesa de matrimonio...», *op. cit.*, p. 133; GARCÍA CANTERO, *El vínculo del matrimonio...*, *op. cit.*, pp. 133-134.

<sup>749</sup> En este sentido, la SAP de Navarra, Sección 3.ª, de 2 de abril de 2001 (Vlex, 2001/105), afirma que «sin que sea necesario la prueba fehaciente de una promesa formal de matrimonio a la antigua usanza».

que la configuración de la promesa es matrimonial en cuanto a su contenido, pero en relación a sus requisitos es meramente consensual<sup>750</sup>.

Este carácter consensual de la promesa, como VARGAS ARAVENA acertadamente dice «permite que ésta se pueda probar, aún por medio de comportamientos sociales demostrativos, tales como la tramitación de expediente por voluntad y consentimiento de quienes han de contraer matrimonio»<sup>751</sup>, o como O'CALLAGHAN MUÑOZ<sup>752</sup> sostiene mediante la entrega de los regalos de los anillos. No obstante, aclaran que no bastarán simples expresiones de sentimiento afectivo o manifestaciones realizadas en el ámbito personal, como sería el supuesto de mensajes de móviles o la correspondencia postal, puesto que no son suficientes para alegarla y probarla.

Por cuanto a la prueba de la promesa de matrimonio, en la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 20 de marzo de 2006* [JUR, 2006/241399] no se tuvo por acreditada la existencia de la promesa al no cumplirse con el requisito de certeza, debido a que en la solicitud de la tramitación del expediente matrimonial ante el Ayuntamiento, únicamente constaba de una firma, de la cual se desconocía quién era su autor.

En este sentido, la doctrina<sup>753</sup> entiende que se debe tener en cuenta que se está analizando la concurrencia o no de un presupuesto de una obligación de indemnizar y no una condición de validez de la promesa de matrimonio, y hacerlo en estos términos sería partir de un esquema contractualista que no procede en el Ordenamiento español, puesto que la promesa se mantiene en un plano extrajurídico.

---

<sup>750</sup> *Vid.*, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1984, *op. cit.*, p. 116. Cfr., en esta materia el Preámbulo de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

<sup>751</sup> Vargas Aravena, *op. cit.*, p. 39.

<sup>752</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho...*, *op. cit.*, p. 40.

<sup>753</sup> *Vid.*, entre otros, DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, pp. 50-53; ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 474.

En definitiva, se trata de establecer, de una parte, si la promesa es o no cierta en el sentido de seria y, de otra, si es susceptible de generar una confianza razonable en la realización del matrimonio.

### 3. AUSENCIA DE LA CAUSA

Con la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, se suprime el requisito de que la causa del incumplimiento sea «justa». Esta eliminación inicialmente entendida por la doctrina como un propósito razonable y fundado por el legislador, con posterioridad, ha sido objeto de numerosas críticas doctrinales, debido a las evidentes dificultades que puede plantear su apreciación, dada la ambigüedad que de forma implícita comporta el término «sin causa»<sup>754</sup>.

En este sentido, la doctrina<sup>755</sup> mayoritaria defiende su subsistencia al sostener que «pese a la derogación del vocablo justa, éste debe ser considerado vigente, con la finalidad de ser ponderado adecuadamente por el intérprete: el Juez. Puesto que concluir lo contrario permitiría a cualquiera de los prometidos liberarse de todos los efectos excepcionales previstos por su mero capricho o, simple cambio de opinión, debido a que siempre podría invocar como justa causa de la ruptura de la promesa de matrimonio su simple mutación de parecer, llevando a la limitada obligación de resarcimiento a ser letra muerta»<sup>756</sup>.

Así, GARCÍA CANTERO<sup>757</sup> entiende que esta interpretación debe ser rechazada, puesto que su admisión comportaría ampliar el campo de

---

<sup>754</sup> *Vid.*, MARTÍN GRANIZO y ALBACAR LÓPEZ, *op. cit.*, p. 500.

<sup>755</sup> En idéntico sentido, entre otros, *vid.*, LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil*, 1990, *op. cit.*, p. 100; ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho...*, 2006, *op. cit.*, p. 37, y 2002, *op. cit.*, p. 34; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho...*, *op. cit.*, p. 40; REINA y MARTINELL, *op. cit.*, pp. 270 y ss.; BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1984, *op. cit.*, pp. 116-117.

<sup>756</sup> VARGAS ARAVENA, *op. cit.*, p. 33.

<sup>757</sup> «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 40. Además, es partidario de que «la nueva dicción del artículo 43 no elimina el requisito de que la causa de ruptura deba ser seria, razonable y justa, según apreciación judicial» (Ibídem) y, entiende que «los Tribunales

impunidad en caso de ruptura hasta extremos absolutamente inaceptables, puesto que únicamente quedaría obligado al reembolso de los «gastos hechos» y «obligaciones contraídas» en consideración al matrimonio proyectado el promitente que rompiese la promesa «sin causa» y, por tanto, para quedar exento de dicha obligación sería suficiente alegar y probar cualquier motivo o razón.

También, ASUA GONZÁLEZ<sup>758</sup> sostiene la irrelevancia que presenta la supresión de la exigencia de justicia de la causa realizada por Ley 30/1981, de 7 de julio, debido a que si se otorgara transcendencia a tal supresión, resultaría no solo que se habría ampliado el ámbito de no responsabilidad o reducido el de responsabilidad -ya que si con anterioridad a la reforma había obligación de reembolso si faltaba justa causa, ahora tras la reforma habría dicha obligación solo si no hubiera causa alguna-, sino que difícilmente intervendría la obligación de reembolso debido a que siempre habría alguna causa.

Con esta innovación se pone de relieve la doble valoración de la conducta de quien rehúsa contraer nupcias, perfectamente lícita y legítima en cuanto a libertad matrimonial, pero incorrecta en cuanto a las consecuencias patrimoniales que puede originar en la otra parte. Además, no se trata de una causa que excusa el cumplimiento de una obligación -la cual conforme al artículo 42 del Código civil no existe-<sup>759</sup>.

BADOSA COLL entiende que «una negativa «sin causa» se configura como aquélla que únicamente se puede justificar en el propio principio de la

---

acudirán a los precedentes históricos y reasumirán el requisito de la justicia de la causa, pues de otra forma se llegaría al absurdo de que todas las causas de ruptura recibirían el mismo tratamiento, tanto las basadas en motivos plenamente justificados y razonables, como las fundadas exclusivamente en el libre arbitrio del incumplidor, con lo cual se produciría la práctica inefectividad de la norma» («Comentarios a los artículos..., *op. cit.*, p. 24).

<sup>758</sup> *Op. cit.*, p. 475. Y, además dice que «como siempre habrá una causa para no contraer matrimonio -cuando menos el simple no querer hacerlo y preferir quedarse soltero o soltera- resulta lógico considerar que la referencia a la causa como presupuesto de la obligación de reembolso debe tener otra inteligencia» (Ibídem).

<sup>759</sup> *Vid.*, REINA y MARTINELL, *op. cit.*, p. 270.

libertad de matrimonio»<sup>760</sup>. Por tanto, toda referencia a que la causa sea justa, será superflua y, en definitiva, el término <sin causa> lo que pretende decir es que dicha negativa comporta una actitud irrespetuosa para las expectativas o intereses patrimoniales del otro promitente, es decir, los <gastos hechos> u <obligaciones contraídas> en consideración al matrimonio prometido que devienen inútiles<sup>761</sup>.

De los anterior se justifica la afirmación que sostiene acertadamente que los promitentes, indudablemente, deberán tener libertad para romper la promesa de matrimonio, aunque dicha revocación deberá ser razonada y fundamentada, es decir, que deberá ser justa, debido a que en caso contrario esta figura sería irrelevante para el derecho, tanto a efectos personales, los cuales conforme a derecho son inexistentes, como patrimoniales, es decir, los establecidos por el precepto<sup>762</sup>.

Por su parte, DELGADO ECHEVERRÍA<sup>763</sup>, sostiene que el legislador con la sustitución de <justa causa> por <causa> ha pretendido ser respetuoso con el <principio de libertad matrimonial>. Esto se justifica en la pretensión de eliminar el adjetivo que pudiera evocar la idea de que únicamente tiene cabida no contraer matrimonio cuando haya justa causa. Supresión que resulta innecesaria, ya que no se trata de establecer razones o fundamentos para no contraer nupcias –puesto que esta decisión es libre–, sino en fijar un presupuesto de responsabilidad por los daños producidos, que se debe valorar con el mismo contenido con independencia de que se hable de <causa> o de <justa causa>.

Asimismo, respecto de los criterios de valoración de la causa con arreglo a los cuáles se debe juzgar, este mismo autor con la finalidad de evitar el arbitrio judicial entiende que «no sería correcto imponer

---

<sup>760</sup> «Comentarios a los artículos..., 1984, *op. cit.*, p. 117.

<sup>761</sup> *Vid.*, REINA y MARTINELL, *op. cit.*, p. 270.

<sup>762</sup> VARGAS ARAVENA, *op.cit.*, p. 33.

<sup>763</sup> «Comentarios a los artículos..., *op. cit.*, p. 55. *Vid.*, también, ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 475.



---

autoritariamente el punto de vista subjetivo el juez», es decir, limitar estos criterios a los puntos de vista de una determinada moral, sino que se deberán «buscar en los aspectos subjetivos propios de los prometidos -por ejemplo, para el socio de una liga antialcohólica sería causa suficiente una ligera borrachera de su prometido, aunque socialmente fuera admitida como normal- y, solo cuando no consten las valoraciones personales o, no sean conocidas por la otra parte, serán decisivos los criterios del ambiente social en el que se mueven»<sup>764</sup>.

En síntesis, el incumplimiento de la promesa de matrimonio es totalmente legítimo, pero ello no se opone para que en el supuesto de que se realice «sin causa», el legislador obligue al reembolso de los «gastos hechos» u «obligaciones contraídas» en consideración al matrimonio prometido realizados por la parte que confió en la celebración del futuro matrimonio proyectado. Asimismo, si la «causa» concurre, el promitente incumplidor no tendrá que reembolsar nada a la otra parte.

Aún y con todo, lo cierto es que también podría ocurrir que la parte que niega la contracción matrimonial fuera la que tuviese el derecho al reembolso, cuando mediando causa para la ruptura fuera la que hubiese efectuado los gastos<sup>765</sup>.

En lo que a esta materia se refiere, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 24 de octubre de 1994*, ventila un supuesto en el que «la ruptura de la promesa de matrimonio proyectado por parte de la actora tuvo como causa la conducta del demandado hacia su prometida; así los testigos anteriormente indicados afirman que en agosto de 1991, el demandado obligó a la actora a cambiarse de ropa porque le parecía muy ceñida la que llevaba; así como que en varias ocasiones le decía a su prometida que era una marrana, inútil y vaga; que incluso en alguna ocasión

---

<sup>764</sup> «Comentarios a los artículos..., *op. cit.*, p. 55. En idéntico sentido, *vid.*, LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil*, 1990, *op. cit.*, p. 100; ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil...*, *op. cit.*, 1982, pp. 14-15.

<sup>765</sup> En este sentido, *vid.*, CARRIÓN OLMOS, «Promesa de matrimonio..., *op. cit.*, p. 134; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 145.

llegó a golpearla y, que en varias ocasiones vieron llorar a la actora por los insultos que le dirigía su novio. Todo esto necesariamente tuvo que producir en la actora una situación de ansiedad que le llevó al desencadenante de la ruptura de la promesa de matrimonio [...] las pruebas practicadas acreditan que la actora como consecuencia del proyectado matrimonio realizó una serie de gastos y contrajo una serie de obligaciones»<sup>766</sup>.

Otra cuestión, es qué se debe entender por *«causa»*, en el contexto del artículo 43 del Código civil. En este sentido, la doctrina<sup>767</sup>, ha planteado como posible solución la de establecer una línea delimitadora entre lo que se debe entender por *«práctica discrecionalidad»* y qué otras situaciones no equivalen a ella por quedar integradas en el *«principio de tutela de libertad matrimonial»*, debido a que éste es el verdadero problema de la causa a que se refiere el precepto. Esta solución se justifica, de una parte, en que las dificultades actuales para precisar qué se entiende por *«causa»* siguen siendo las mismas que a poco de la reforma se vislumbraban en sede doctrinal y, de otra, surge de la necesidad de conciliar la *«discrecionalidad absoluta de la negativa a contraer el matrimonio proyectado»* con el *«principio de tutela de la libertad matrimonial»*<sup>768</sup>.

Por cuanto atañe a estas dificultades concretadas en delimitar entre la *«práctica discrecionalidad en la decisión de romper la promesa de matrimonio»* –no constitutiva de causa– y, la *«negativa directa a la celebración del mismo»* –constitutiva de causa–<sup>769</sup>, con un criterio poco correcto, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19.ª, de 24 de marzo de 2004*, concluye que *«no aprecia la existencia de causa justa en el caso concreto enjuiciado, al existir prueba de que el proyectado y*

---

<sup>766</sup> [AC, 1994/2380].

<sup>767</sup> *Vid.*, CARRIÓN OLMOS, «Promesa de matrimonio...», *op. cit.*, p. 135.

<sup>768</sup> En este sentido, BADOSA COLL, dice que *«aún cuando el ámbito de la causa se haya extendido como consecuencia de no requerir que además sea justa, esta exclusión no se puede llevar a que equivalga a una práctica discrecionalidad, debido a que entonces su alusión sería inútil»* («Comentarios a los artículos...», 1984, *op. cit.*, p. 117).

<sup>769</sup> *Vid.*, las aportaciones de CARRIÓN OLMOS, «Promesa de matrimonio...», *op. cit.*, p. 136.

prometido matrimonio se incumplió por decisión unilateral de la demandada-reconviniente, lo que genera conforme al precepto del Código civil la obligación de resarcir a la otra parte [...] de los gastos hechos y obligaciones contraídos en consideración al matrimonio prometido»<sup>770</sup>.

Por su parte, y con un criterio distinto, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.ª, de 8 de octubre de 2004* (JUR, 2004/303882), advierte que la libre decisión del demandado de no contraer matrimonio supone «justa causa» o «causa», de modo que no cabe buscar culpabilidades, debido a que atentaría contra la libertad de conciencia<sup>771</sup>.

Cuestión distinta es la que sustancian las *Sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 3 de mayo de 2005* (La Ley, 2005/97741) y de *Alicante, Sección 4.ª, de 2 de noviembre de 2000* (JUR, 2001/46609), que en orden a la existencia de causa consideran que resulta indiferente que el incumplimiento provenga por la negativa directa a la celebración del matrimonio o, por incidir una de las partes en una conducta que motive a la otra parte a negarse a la celebración del matrimonio. Estas sentencias, ponen de manifiesto, de una parte, que con el actual artículo 43 del Código civil al suprimir la justicia de la causa, se elimina la idea de proporcionalidad entre la gravedad de la causa y la gravedad de la decisión de no contraer matrimonio y, de otra, que con el mantenimiento de la expresión «sin causa» lo que –indudablemente– se pretende es que la protección de la libertad de matrimonio no lleve a una práctica discrecionalidad en la decisión de romper con la promesa contraída, debido a que en otro caso el contenido del precepto sería superfluo<sup>772</sup>.

---

<sup>770</sup> [JUR, 2004/248652]. También la SAP de Salamanca, de 20 de marzo de 2006 [JUR, 2006/241399] señaló que «el presupuesto es el incumplimiento sin causa, como expone el artículo 43, pero que debe entenderse que es sin causa justa». Sobre la exigencia de que la ruptura sea sin justa causa, entre otras, *vid.*, la SAP de Toledo, Sección 2.ª, de 3 de abril de 2000 [AC, 2000/4476].

<sup>771</sup> En idéntica línea, *vid.*, la SAP de Alicante, Sección 7.ª, de 14 de diciembre de 2005 [JUR, 2005/140947].

<sup>772</sup> *Vid.*, en idéntico sentido, la SAP de Almería, de 24 de octubre de 1994 [AC, 1994/2380].

En síntesis, en las Sentencias antes citadas, *de 3 de mayo de 2005 y de 2 de noviembre de 2000*, resulta indudable la existencia de la causa, debido a que en ambos supuestos se alude a promitentes que fueron susceptibles de agresión -física o psíquica-, lo que les llevó a una situación que fue la desencadenante de la ruptura de la promesa de matrimonio.

Por su parte, el criterio que parece más correcto ha sido el sostenido por la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, de 3 de abril de 2000* (AC, 2000/4476), debido a que estimó que no concurría causa en el caso concreto enjuiciado al ser el demandante quien rompió la promesa por no encontrarse preparado para asumir el estado de casado.

Otra cuestión de interés, se concreta en determinar si aquí no hay igualmente una negativa directa a contraer nupcias. Esta cuestión ha sido salvada por la jurisprudencia<sup>773</sup> de forma afirmativa, apoyándose en que con el mantenimiento de la expresión «sin causa» se pretende que la protección de la libertad de matrimonio no lleve a una práctica discrecionalidad en la decisión de romper con la promesa contraída, de ahí que niegue de forma expresa que la mera discrecionalidad de parte sea equiparable a la categoría de causa exonerativa de responsabilidad en el marco del artículo 43 del Código civil.

Cuestión distinta es la que sustancia la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.ª, de 8 de octubre de 2004* (JUR, 2004/303882), al considerar que la libre decisión del demandado de no contraer matrimonio supone «justa causa» o «causa», por lo que no cabe buscar culpabilidades, debido a que atentaría a la libertad de conciencia. Además, refunde la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996.

En este punto, conviene puntualizar la comprensión errónea que realiza la citada Sentencia de instancia de la Sentencia del Supremo, debido a

---

<sup>773</sup> *Vid.*, la SAP de Alicante, Sección 4.ª, de 2 de noviembre de 2000 [JUR, 2001/46609].

que parece que de ésta se deba deducir lo que de ella concluye la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona.

En suma y de hecho, una cosa es rechazar por desmesurada una interpretación del artículo 43 del Código civil encaminada a incluir en el ámbito de aplicación del precepto «conceptos o partidas» que se avienen mal con la relación de causalidad directa que deben guardar aquéllos y éstos con la promesa de matrimonio -concepto que como señala el Tribunal Supremo: «no puede incluir una especie de indemnización por daños morales, ya que no existe ninguna obligación de indemnizar a la novia o novio abandonado, ni introducir reproches culpabilísticos en la libre decisión de no contraer matrimonio pese a la promesa»<sup>774</sup>- y, otra es pretender deducir de ello que «la libre decisión de no contraer nupcias» supone causa de exoneración de responsabilidad<sup>775</sup>.

Siguiendo el hilo de la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996* (RJ, 1996/9020) resulta obvia la imposibilidad de introducir reproches culpabilísticos, ya que no cabe hacer referencia a la culpa en el incumplimiento de la promesa de matrimonio, con independencia de la circunstancia que lleve a tal incumplimiento. Por ello dicha Sentencia excluye la indemnización de los supuestos daños morales, los cuales son eliminados de inicio por el legislador de la promesa.

Asimismo, se plantea si, presupuesta la ausencia de culpa en cualquier supuesto en el que uno de los promitentes rompe la promesa, se genera o no el reembolso, argumentado en el empobrecimiento repercutible que contempla el precepto<sup>776</sup>. En este sentido, parte de la doctrina<sup>777</sup>, sostiene que la cuestión relevante es la de si alguien que prometió matrimonio libremente y, con posterioridad, decide también, voluntariamente no formalizar el matrimonio tiene cabida en la causa exonerativa de

---

<sup>774</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996 [RJ, 1996/9020].

<sup>775</sup> *Vid.*, CARRIÓN OLMOS, «Promesa de matrimonio...», *op. cit.*, p. 137.

<sup>776</sup> En este sentido, *vid.*, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1991, *op. cit.*, p. 261.

<sup>777</sup> *Vid.*, CARRIÓN OLMOS, «Promesa de matrimonio...», *op. cit.*, p. 138.

responsabilidad a que dicho artículo se refiere, supuesto en que la otra parte haya confiado en dicha promesa y contraído gastos u obligaciones inútiles si aquél no se celebra.

En suma, la imposibilidad de introducir reproches culpabilísticos es del todo lógico<sup>778</sup>, pero la exoneración del reembolso al sujeto que así actúa, resulta cuando menos cuestionable<sup>779</sup>. En este sentido, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3.ª, de 21 de julio de 2000* sostiene -con acierto- que «entre las partes litigantes se aprecia la existencia de una relación de promesa de matrimonio, la cual ha sido objeto de ruptura unilateral por parte del demandado, sin que conste justa causa para ello, lo que se deduce de la respuesta evasiva del demandado al absolver la primera posición; por ello, a tenor del artículo 43 del Código civil este último se halla obligado a resarcir los daños y perjuicios derivados de dicha conducta»<sup>780</sup>.

Por otra parte, la libre decisión de no contraer nupcias sin otro fundamento que la decisión misma, se configura como «causa» y, por tanto, es exonerativa de las consecuencias a que alude el artículo 43 del Código civil y que lleva a hacer inútil por superflua la exigencia misma de causa a la que el precepto se refiere<sup>781</sup>.

---

<sup>778</sup> Así se afirma en la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996 [R], 1996/9020].

<sup>779</sup> *Vid.*, ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 476.

<sup>780</sup> [La Ley, 2000/150535] y, en la misma línea argumentativa, *vid.*, la SAP de Zaragoza, de 11 de febrero de 1994.

<sup>781</sup> *Vid.*, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1991, *op. cit.*, p. 261; CARRIÓN OLMOS, «Promesa de matrimonio...», *op. cit.*, p. 139. En la jurisprudencia menor, este mismo criterio se encuentra, entre otras, en la SAP de Alicante, de 2 de noviembre de 2000 [JUR, 2001/46609] al decir que «con el mantenimiento de la expresión «sin causa» se pretende que la protección de la libertad matrimonial no lleve a una práctica discrecionalidad en la decisión de romper con la promesa contraída, puesto que en otro caso el contenido del precepto sería superfluo». Idéntica conclusión se muestra tanto por la legislación civil italiana [párrafo primero del artículo 81], como por la alemana [§1.298] las cuales establecen reglas para el supuesto de que uno de los prometidos ya sea «sin justo motivo» o «sin una razón sustancial» respectivamente, se niegue a la celebración de los esponsales.

Esta cuestión que posiblemente encuentra su solución en diferenciar entre la pura discrecionalidad del sujeto y su decisión de no contraer matrimonio -no constitutiva de la causa prevista por el artículo 43 del Código civil la primera, pero sí la segunda- ocultando bajo la apariencia de esa libre decisión de no contraer nupcias la pura discrecionalidad, pero invocando ésta, con la finalidad de que el promitente que rompa la promesa de matrimonio quede exonerado de las consecuencias patrimoniales referidas en el precepto, deja desprotegidos los intereses del promitente que confió en la promesa y contrajo gastos u obligaciones en consideración al matrimonio proyectado.

En este sentido, CARRIÓN OLMOS<sup>782</sup> -con acierto- entiende que sería del todo inadmisibile el reconocimiento de causa, en el supuesto de promesa recíproca de matrimonio o con aceptación de la otra parte, la cual asume gastos u obligaciones en consideración al matrimonio prometido y, con posterioridad, se procede a la ruptura de la promesa alegando el promitente incumplidor que tras un periodo de reflexión no se encuentra preparado para la vida matrimonial. Supuestos en los que no cabe el reconocimiento de causa, por lo que el promitente incumplidor deberá reembolsar al otro lo invertido en dichos conceptos.

#### **4. LIBERTAD DE FORMA**

Si bien ya se ha dicho con la Ley 30/1981, de 7 de julio, se modifica el régimen del Código civil. Éste en su versión originaria, imponía una forma determinada a la promesa de matrimonio, mientras que, en la actualidad, el artículo 43 del Código civil, no establece ni modalidades, ni solemnidades a este respecto.

Esta forma que se configuraba como una condición necesaria para otorgar a la promesa de matrimonio su limitado efecto legal, consistía en

---

<sup>782</sup> «Promesa de matrimonio..., *op. cit.*, p. 139.

que la promesa se celebrase en documento público o privado<sup>783</sup> -forma expresa escrita-, exigida por imperativo legal del derogado artículo 44 del Código civil de 1889. Por otra parte, este requisito que tenía carácter de validez de los esponsales -solemnitatis causa-, no se trataba de un simple medio de prueba -probationis causa- siendo nula toda promesa que no se ajustase a dicha exigencia<sup>784</sup>.

Sin embargo, esta forma podía ser suplida por otra a la que el texto legal le atribuía iguales efectos, es decir, la resultante de la publicación de las proclamas -forma tácita o presunta-, al estimarse que dicha publicación implicaba de forma necesaria la existencia de una recíproca promesa de casarse<sup>785</sup>.

En suma, tras la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, el nuevo texto ya no contiene dicha exigencia de forma, ni siquiera que se haya tramitado el expediente matrimonial, con la finalidad de evitar hacer referencias a la antigua institución. De modo que con este silencio sobre la forma, el legislador autoriza *sensu contrario* cualquier forma de celebración

---

<sup>783</sup> La doctrina entendía que el documento privado podía ser cualquiera -cartas, papeles- en que se contuviera dicha promesa de matrimonio (*vid.*, PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil...*, *op. cit.*, p. 71).

<sup>784</sup> Así, LACRUZ BERDEJO y ALBALADEJO GARCÍA, dicen que «esta exigencia parece referirse a un documento *ad hoc* del que aparezca el *animus promittendi*, por lo cual las promesas hechas en carta o documento privado de análoga naturaleza, sólo llenarán el requisito del artículo 44 cuando de ellas pueda inferirse el carácter formal de la promesa y no el empleo de un lenguaje amoroso usual, sin más transcendencia» (*op. cit.*, p. 53). *Vid.*, también DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ y HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 101; VIVO DE UNDABARRENA, *op. cit.*, p. 47; LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 55; GARCÍA CANTERO: *El vínculo de matrimonio...*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>785</sup> *Vid.*, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español...*, 1987, *op. cit.*, pp. 166-167; PUIG BRUTAU, *Fundamento de Derecho...*, 1967, *op. cit.*, p. 51. Desde el punto de vista jurisprudencial, la STS, de 6 de abril de 1929 concluyó que «si bien el artículo 44 da el valor de documento privado a las proclamas o amonestaciones, ello es sobre la base de que tales amonestaciones hubieran prestado su asentimiento y de algún modo expresado su voluntad de que las mismas tuviesen efecto, los dos probados contrayentes» (Sentencia n. 172, p. 818, T. 106).



de la promesa de matrimonio, pudiendo realizarse de forma expresa o tácita<sup>786</sup>.

Por su parte, el texto del precepto únicamente se limita a mencionar la exigencia de que la promesa de matrimonio sea cierta –se sustituyen los requisitos de forma, por el de certeza-, con la pretensión de que produzca la obligación de reembolso.

En definitiva, el legislador introduce en esta institución el principio de libertad de forma<sup>787</sup>, lo que comporta su equiparación con la mayoría de Códigos europeos, facilita la configuración del supuesto de la obligación y, rige un criterio más abierto y simple. Sin embargo, esto no significa que, en la actualidad, no se puedan celebrar esponsales en documento público o privado, ni que deje de ser válida una promesa que haya dado lugar a la tramitación de un expediente matrimonial canónico o civil, sino que partiendo de la ausencia de una forma prescrita, al Juez solo le interesa precisar la certeza de la promesa, es decir, su existencia sin dejar lugar a dudas. Asimismo, no se excluye, en principio, ni la promesa puramente oral<sup>788</sup> -reforzada por actos concluyentes<sup>789</sup>-, ni la que conste únicamente de la correspondencia cruzada entre novios<sup>790</sup>.

---

<sup>786</sup> Vid., DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ y HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 101; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS: *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1999, 5.ª ed., p. 103; *Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio (Ley 30/1981, de 7 de julio)*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p. 45 y, *Código civil...*, *op. cit.*, p. 97.

<sup>787</sup> Este principio de libertad de forma -con anterioridad a la Reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio- fue postulado por GARCÍA CANTERO al establecer que «para dar vitalidad a la institución, y sin olvidar la especial idiosincrasia del pueblo español en las cuestiones que hacen referencia al honor, parece conveniente pensar en la reforma del artículo 44 para introducir la libertad de forma de los esponsales, siguiendo en esto de cerca a la jurisprudencia de la Sala 2.ª del TS en materia de estupro» (*El vínculo de matrimonio...*, *op. cit.*, p. 62).

<sup>788</sup> Esta forma con anterioridad no se estimaba válida por SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 32. También, GARCÍA CANTERO, dice que «las promesas exclusivamente verbales no eran tomadas en cuenta por el artículo 44 del Código civil de 1889, y ello aunque hubieren sido realizadas con propósito sincero de hacerlas seguir del matrimonio, delante de testigos, o con fiestas y solemnidades; la Ley las consideraba como simples tratos no susceptibles de ninguna consecuencia jurídica en el orden civil» (*El vínculo de matrimonio...*, *op. cit.*, p. 52). Por el contrario, incluyen como válida la forma verbal, entre otros, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y Jurisprudencia...*, *op. cit.*, p. 103; *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 45 y,

## IX. ESTIPULACIONES EN EL SUPUESTO DE NO CELEBRACIÓN DE NUPCIAS: LA FALTA DE CUMPLIMIENTO

Dice el párrafo primero del artículo 42 del Código civil, que: «[...] no produce obligación [...] ni de cumplir lo que se hubiese estipulado para el supuesto de su no celebración».

Innovación con la que el legislador ha pretendido, aclarar, expresamente, que tampoco hay obligación de cumplir lo estipulado para el supuesto de que no se realice la celebración del matrimonio<sup>791</sup>. Por tanto, la reforma de la Ley 30/1981, de 7 de julio, se aproxima a lo ya establecido por el artículo 3 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870<sup>792</sup>. Aproximación que aunque no tenía lugar, debido a que el derogado artículo 43 del Código civil de 1889 no hacía alusión alguna a tal extremo -ya que no se negaba eficacia a las cláusulas penales pactadas para el supuesto de no celebración del matrimonio-, lo cierto es que la doctrina había defendido la ineficacia apelando al principio *accessorium sequitur principate*, a la libertad de matrimonio y, apoyándose en la idea de que, careciendo de eficacia la obligación de contraer matrimonio, tampoco podía tener la obligación

---

*Código civil...*, *op. cit.*, p. 97. Por su parte, los anotadores dan validez, incluso a la promesa telefónica, a lo que no se puede oponer la dificultad procesal de corroborarlo, debido a que no es de la esencia de la validez de la Ley su dificultad probatoria para el ejercicio del Derecho que declara (*vid.*, ENNECCERUS, KIPP y WOLF, *op. cit.*, p. 34).

<sup>789</sup> Tendrían la consideración de actos concluyentes, entre otros, la compra en común del ajuar o de los anillos de boda y, la presentación a las respectivas familias (*vid.*, DESCHENAUX, Henri et TERCIER, Pierre: *Le mariage et le divorce*, Berne, 1980, 2.<sup>a</sup> ed., p. 33).

<sup>790</sup> *Vid.*, GARCÍA CANTERO, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 37.

<sup>791</sup> Esta cláusula que no estaba contenida en el Proyecto, fue introducida por el informe de la Ponencia en el Congreso, al aceptarse una enmienda del Grupo Socialista (*vid.*, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Proyectos de Ley de 6 de diciembre de 1980, n. 123, I, 1).

<sup>792</sup> Sobre esta materia, ESPÍN CÁNOVAS, mantiene que «con el nuevo texto se añade la falta de efectos de la estipulación prevista para el caso de no celebración, se incorpora de modo expreso una antigua norma que impedía la eficacia de la cláusula penal». Por otra parte, sostiene que «sus mismos efectos negativos se alcanzaban a través de otras normas más generales, como es la ineficacia de cualquier estipulación contraria a la moral [artículo 1.255 del Código civil]» (*Manual de Derecho civil...*, 1982, *op. cit.*, p. 13).

accesoria la obligación de pagar lo pactado para el supuesto de no celebración<sup>793</sup>.

De modo que la doctrina –aún a pesar del silencio legal del derogado artículo 43 del Código civil de 1882- ya tendía a estimar ineficaz toda estipulación accesoria cuyo objeto primordial consistiera en reforzar la promesa de matrimonio ya fuese mediante penas convencionales o arras arrendaticias. Esta consecuencia exigida por el tono enérgico que presentaba la fórmula legal del derogado precepto, obedecía a la imposición establecida por el principio de libertad matrimonial y al hecho de que se trataba de obligaciones accesorias que debían seguir la suerte de la principal<sup>794</sup>. En buena lógica, ausente la obligación principal –es decir, la de contraer matrimonio-, tampoco podrían pervivir sus accesorias.

---

<sup>793</sup> *Vid.*, ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 469; DE VERDA Y BEAMONTE, «Consecuencias económicas...», *op. cit.*, p. 26.

<sup>794</sup> Sobre este tema, LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, recuerdan en relación al artículo 43 del Código civil de 1889, que «así se sostuvo siempre por considerar que la obligación accesoria –cláusula penal- dependía de la validez de la obligación principal –de contraer matrimonio-, por considerar que la libertad de contraer matrimonio era un principio general del Derecho; por los límites impuestos a la autonomía de la voluntad [artículo 1.255 del Código civil] y, por el precedente que sin duda constituía el artículo 3 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870». Asimismo, en la actualidad, se considera como una reliquia histórica, la doctrina sentada por la STS, de 13 de enero de 1879, la cual había admitido la validez de una cláusula penal desestimando el recurso de casación que se interpuso contra la sentencia de la Audiencia que condenó su pago. Dicha sentencia sentaba en sus considerandos «que si D., prometió casarse con Dña., obligándose, en otro caso, a entregarla 5.000 pesetas, por razón de perjuicios, claro y evidente es que no habiéndose cumplido el primer extremo del contrato se haya obligado a cumplir el segundo», por lo que este criterio ha sido entendido por los autores, en general, incompatible con el sistema del Código, debido a que deberán reputarse nulos de pleno derecho tanto la cláusula penal, como las obligaciones de garantía que aseguren su cumplimiento (*Elementos de Derecho Civil*, 1990, *op. cit.*, p. 99) y, *vid.*, las aportaciones de DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 43.

Por cuanto se refiere a la incompatibilidad que presentaba la citada Sentencia con el sistema del Código, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho...*, 1982, *op. cit.*, pp. 27-28 y, *Elementos de Derecho civil*. IV. *Derecho de Familia*, Ed. Experimental Librería Bosch, Barcelona, 1974, 2.<sup>a</sup> ed., p. 27 sostienen que «al no existir obligación principal carecen de validez las obligaciones que de ella dependan; concretamente, la cláusula penal ya por tratarse de una obligación accesoria, ya porque la libertad de matrimonio es un principio general del Derecho». En la misma línea, *vid.*, LACRUZ BERDEJO y ALBALADEJO GARCÍA, *op. cit.*, p. 52; O'CALLAGHAN MUÑOZ, «Regulación del matrimonio...», *op.*

En síntesis, esta disposición se configura como una novedad concretada en la ineficacia de los medios indirectos, con la intención de extender la ineficacia de la promesa de matrimonio a todo pacto que tuviese como finalidad sancionar su falta de cumplimiento<sup>795</sup>.

En principio, si el tratamiento de tales estipulaciones parece que es la sancionada ineficacia de la promesa de matrimonio, su auténtico régimen jurídico es el de la nulidad absoluta establecida por el artículo 6. 3 del Código civil<sup>796</sup>. Apréciase que pretende dar eficacia coactiva indirecta a los sponsales, frente a la norma imperativa del artículo 42 que establece su ineficacia directa.

Por tanto, la ineficacia de las estipulaciones prevista por el precepto, se debe situar en un plano distinto al de la promesa de matrimonio, debido a que la ineficacia de la promesa es consecuencia del mantenimiento de ésta en un plano extrajurídico y no de un juicio negativo por parte del Derecho, mientras que la ineficacia de las estipulaciones sí es el resultado del rechazo a su finalidad o efectos y, por tanto, reconducible al ámbito de la nulidad<sup>797</sup>.

Otra cuestión de interés, se centra en la controversia doctrinal suscitada sobre si los sujetos de la estipulación son únicamente los prometidos o, si por el contrario, también es extensible a terceros, es decir, a los progenitores de las partes, demás familiares e incluso terceras personas.

---

*cit.*, p. 2; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos: «Comentario a los artículos 42 y 43 del Código civil», en *Matrimonio, separación y divorcio. Comentarios a los artículos 42 a 107 del Código civil*, Vlex, 2009, p. 97; GARCÍA CANTERO, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 33 y, *El vínculo de matrimonio...*, *op. cit.*, p. 44; GARCÍA VARELA, *op. cit.*, p. 610.

<sup>795</sup> *Vid.*, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1991, *op. cit.*, p. 257. Desde el punto de vista de la jurisprudencia menor, *vid.*, la SAP de Cantabria, Sección 4.ª, de 19 de abril de 2005 [AC, 2005/2833].

<sup>796</sup> En doctrina, *vid.*, *Ibidem*.

<sup>797</sup> *Vid.*, en este sentido, ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 469; BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1991, *op. cit.*, p. 257 y, «Comentarios a los artículos...», 1984, *op. cit.*, p. 111.

En este sentido, parte de la doctrina<sup>798</sup> entiende que el artículo 42 del Código civil, da por hecho que estos sujetos son los futuros contrayentes, es decir, los mismos que los de la promesa de matrimonio, debido a la finalidad protectora que presenta el principio de libertad de matrimonio. De modo que las estipulaciones en las que un tercero -por ejemplo, algún pariente de los novios- asuma una obligación para el caso de que no se celebre el matrimonio, de una parte, deberán ser válidas -ya que estas estipulaciones no afectan a la libertad de los contratantes- y, de otra, se deberá excluir la relevancia del interés del novio en que su pariente o tercero no quede perjudicado.

Por el contrario, y con una argumentación diferente se pronuncia acertadamente otro sector doctrinal<sup>799</sup> al entender que, dicho precepto da por supuesto que los sujetos a que se refiere la obligación de contraer matrimonio son únicamente aquéllos que pretenden contraer nupcias, pero en ningún caso alcanza a terceros, por ello consideran inválidos este tipo de pactos, debido a que podría quedar en entredicho la libertad matrimonial en la medida en que el promitente se pudiese ver obligado a otorgar su consentimiento matrimonial, con la finalidad de evitar un perjuicio a ese pariente. Este sería el caso, por ejemplo, del supuesto de un familiar del otro promitente o, incluso de un tercero que se compromete a abonar una suma de cierta consideración a uno de los prometidos en caso de que la otra parte rompa la promesa de matrimonio.

De lo dicho, conviene precisar que aunque la nueva normativa no resuelve dicha problemática, lo cierto es que si los principios contenidos en el artículo 42 del Código civil tienen la configuración de principios de orden

---

<sup>798</sup> Así, RIERA AISA, Luis (en *El noviazgo ante el derecho civil*, Estudios Jurídicos, Barcelona, 1959, p. 182) entiende que «la obligación asumida por una persona distinta de los futuros contrayentes, aunque con ellos ligado por unos u otros vínculos, no es ilegítima». Por su parte, BADOSA COLL, sostiene que «no entrarán en la ineficacia del párrafo primero del artículo 42 los contratos de seguro por los eventuales daños» («Comentarios a los artículos...», 1991, *op. cit.*, p. 258). También *vid.*, DíEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho...*, 2002, *op. cit.*, p. 63; QUESADA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 1; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código Civil...*, *op. cit.*, p. 144.

<sup>799</sup> *Vid.*, GARCÍA CANTERO, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 34.

público, éstos también deberán ser válidos para los terceros, los cuales, de alguna forma sí podrían influir en la celebración de las nupcias. En definitiva, los sujetos de las estipulaciones únicamente serán los prometidos, excluyendo de su ámbito a terceras personas.

Otra cuestión de interés, es qué se entiende por estipulaciones para el supuesto de su no celebración. Esta cuestión ha sido salvada por la doctrina mayoritaria<sup>800</sup>, al sostener –conforme al literal del precepto- que deberá incluir toda estipulación de contenido obligatorio -con independencia de los sujetos- cuya eficacia se haga depender «para el supuesto» de la «no celebración». Por tanto, comprenderá tanto una pena convencional a cargo de cualquiera de los futuros contrayentes, como una donación sujeta a la condición de que un matrimonio prometido -pactado por dos personas que nada tengan que ver con los futuros contrayentes- no se lleve a efecto.

Además, cualquier otra razón más taxativa que la establecida por el literal del precepto respecto del ámbito de las estipulaciones deberá estar en función de la determinación de la «ratio del precepto». Y, en consecuencia, si se acepta como tal «ratio» la del rechazo de los medios coactivos indirectos con vistas al otorgamiento del consentimiento matrimonial, ésta será la perspectiva a seguir<sup>801</sup>.

En su virtud, serán inválidos todos aquellos pactos en los que cualquiera de los promitentes se obligue frente al otro o, a un tercero a realizar una prestación en el supuesto de incumplimiento -por su parte- de su promesa de matrimonio, debido a que la ineficacia se funda bien en la ilicitud de la causa<sup>802</sup> o, en la nulidad<sup>803</sup>. Se incluirán aquí tanto las cláusulas penales por medio de las cuales se establecen penas convencionales, como las arras en todas y cada una de sus modalidades y en las que la restitución

---

<sup>800</sup> *Vid.*, ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 469.

<sup>801</sup> *Vid.*, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1991, *op. cit.*, p. 257.

<sup>802</sup> Según el «Artículo 1.275. -Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral».

<sup>803</sup> Cfr., artículo 6. 3 del Código civil.

se podrá exigir en cualquier momento como atribución patrimonial sin causa<sup>804</sup>.

También tendrán tal consideración –conforme a la salvaguarda del principio de libertad de matrimonio-, de una parte, todos aquellos pactos en los que se haya fijado una cuantía indemnizatoria por unos daños de cuya prueba se prescinde, lo que no significa que la parte perjudicada quede desprotegida –la cual previa acreditación podrá solicitar la reparación de los daños acaecidos dentro de los límites previstos por la Ley-, sino que evita que se camuflen auténticas penas a través de importes teóricamente indemnizables y, de otra, aquellos otros que incluyan la reparación de perjuicios que de otra forma no habrían sido indemnizables.

Por su parte, tendrán la consideración de válidos los compromisos resarcitorios posteriores al incumplimiento de la promesa y las estipulaciones que sean previas al incumplimiento de ésta, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación resarcitoria de acuerdo con las normas legales<sup>805</sup>.

En cuanto a la nulidad de las arras, conviene tener presente que, en ocasiones, se niega en Derechos idénticos en esto al español. Este sería el supuesto del Código Civil Italiano de 1942 -en cuyo artículo 79<sup>806</sup> parece haberse inspirado el legislador español- conforme al que la prestación ya realizada no podría influir el comportamiento posterior del promitente, contradiciendo con ello la función propia de las arras<sup>807</sup>.

---

<sup>804</sup> *Vid.*, DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos..., *op. cit.*, pp. 43-44; ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 469.

<sup>805</sup> *Vid.*, DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos..., *op. cit.*, p. 44. Para una mayor argumentación sobre la consideración de invalidez o no de los pactos, *vid.*, ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 470.

<sup>806</sup> «-La promesa de matrimonio no obliga a contraerlo ni a ejecutar lo que fue acordado para el caso de incumplimiento» Trad.: «-La promessa di matrimonio non obbliga a contrarlo ne ad eseguire ciò che si fosse convenuto per il caso di non adempimento».

<sup>807</sup> *Vid.*, DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos..., *op. cit.*, p. 44. Para una mayor referencia *vid.*, las aportaciones de FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio..., *op. cit.*, p. 83. Por otra parte, en el Derecho Justiniano se admitían las arras sponsalicias, aún a pesar del principio contenido en [D. 45, 1, 134 pr. (PAULUS, *libro XV, Responsorum*)], conforme al

En definitiva, se niega la validez de la obligación estipulada por un tercero –pariente o no- de pagar una pena en el supuesto de que uno de los futuros esposos no celebre finalmente el matrimonio prometido; se admiten las prestaciones prometidas *«donandi animo»* a uno de los esposos bajo la condición de que el matrimonio no se celebre o, que el novio/a abandone al donatario, sobre cuya licitud habrá que decidir en cada caso concreto y, se discute la validez de las garantías derivadas de los gastos realizados por la otra parte dentro de los límites de la obligación de resarcir, validez que corresponde a los acuerdos posteriores a la ruptura de la promesa de matrimonio sobre la indemnización debida<sup>808</sup>.

Otra cuestión directamente relacionada con la figura, y que ha sido objeto de controversias doctrinales, se centra conforme a la literalidad que presenta el artículo 42 del Código civil -«[...] de lo que se hubiese estipulado [...]»- en establecer si es posible incluir o no dentro de dicho precepto todas aquellas estipulaciones cuyo contenido tengan por objeto determinar la extinción de posiciones jurídicas atribuidas al promitente.

A favor de la solución positiva parte de la doctrina<sup>809</sup>, sostiene que dicha frase puede ser entendida en el sentido previsto por el artículo 1.255<sup>810</sup> del Código civil, es decir, como un mero pacto realizado por los contratantes con independencia de su contenido, lo cual tendría a su favor la amplitud del principio de protección de la libertad de matrimonio<sup>811</sup>.

---

cual: «[...] quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi, sive futura, sive iam contracta» Trad.: «[...] porque se consideró deshonesto que los matrimonios, o futuros, o ya contraídos, fuesen ligados con el vínculo de una pena».

<sup>808</sup> *Vid.*, GÖTZ, Ernst: *Berner Kommentar*, II, 1, Berna, 1972, p. 29.

<sup>809</sup> En este sentido, *vid.*, ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 471.

<sup>810</sup> «-Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

<sup>811</sup> Este principio se encuentra previsto por el párrafo primero del artículo 42 del Código civil.



Por el contrario, otros autores<sup>812</sup> acertadamente entienden que, dicha frase también podría ser entendida en el contexto establecido por el párrafo segundo del artículo 1.257<sup>813</sup> del Código civil, es decir, como obligación, a favor de la cual actuaría la frase «obligación [...] ni de cumplir [...]» contenida en el párrafo primero del artículo 42. Esta teoría permitiría atribuir a «lo que se hubiese estipulado» el mismo contenido obligacional que se le otorga a «la promesa de matrimonio» y, por tanto, se tratarían de nuevas obligaciones establecidas, con la finalidad de suplir la incoercibilidad del cumplimiento de la promesa, de forma tal, que cuando el contenido de lo que se hubiese estipulado fuese la extinción de posiciones jurídicas atribuidas al promitente, éste no podría encajar en el párrafo primero del artículo 42 del Código civil.

De modo que en caso de que dicha extinción tenga la consideración de atentatoria contra la libertad del matrimonio, su ilicitud se deberá fundar directamente en dicha contraposición.

Por otra parte, el término «para el supuesto de su no celebración» indica la conexión establecida por los estipulantes entre la eficacia de la estipulación y la no celebración del matrimonio. Conexión que se presenta como una condición suspensiva, debido a que la eficacia de lo estipulado deberá estar en función de que el matrimonio no se lleve a término. De modo que la infracción de la libertad de matrimonio procederá de la combinación del contenido obligacional existente entre lo estipulado y el hecho de que la no celebración sea su condición de eficacia.

También conviene añadir que, cabe la posibilidad de atentar contra la libertad de matrimonio cuando «para el supuesto de su no celebración» la conexión se presente no como una condición suspensiva, sino como resolutoria de un negocio atributivo de un Derecho. Supuesto que tampoco

---

<sup>812</sup> *Vid.*, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1991, *op. cit.*, pp. 258-259 y, «Comentarios a los artículos...», 1984, *op. cit.*, p. 115.

<sup>813</sup> «-2. Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada».

encajaría en «lo que se hubiese estipulado» del párrafo primero del artículo 42 del Código civil y, por tanto, la sanción del atentado contra la libertad matrimonial se deberá solventar por la vía de la ilicitud de la condición resolutoria<sup>814</sup>.

En definitiva, aunque sería lógico considerar incluidas dentro del precepto todas aquellas estipulaciones en las que la no celebración del matrimonio se constituyese como una circunstancia que determinase la extinción de posiciones jurídicas atribuidas al promitente, lo cierto es que si tal extinción puede tener la consideración de atentatoria contra la libertad de matrimonio, lo propio es que la sanción del atentado se resuelva por la vía de la ilicitud de la condición resolutoria del párrafo primero del artículo 1.116 del Código civil.

#### **X. CUESTIONES PROCESALES: LA PRECEPTIVA INADMISIÓN DE LA DEMANDA Y SUS CONSECUENCIAS SEGÚN LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 42 DEL CÓDIGO CIVIL**

La inadmisión de la demanda se trata de una norma exclusiva del Derecho español cuyos precedentes mediatos residen en la Pragmática de 28, dictada por Carlos IV en Aranjuez por Real Decreto de 10 de abril de 1803. Pragmática que con la finalidad de suprimir los esponsales clandestinos, es decir, no dar validez a determinados esponsales, se convierte en el Código civil en una drástica medida que, aunque no era necesaria, está en consonancia con la relegación que de la promesa de matrimonio se hace al plano extrajurídico<sup>815</sup>.

Por otra parte, durante la vigencia del derogado artículo 43 del Código civil de 1889, todo apuntaba a que no se hubiera pretendido ante ningún Tribunal español el cumplimiento estricto de los esponsales, debido a que el precepto decía que: «Ningún Tribunal admitirá demanda que pretenda su

---

<sup>814</sup> «-1. Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa».

<sup>815</sup> *Vid.*, las aportaciones sobre esta materia de ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 471; GARCÍA CANTERO, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 32.

cumplimiento»<sup>816</sup>. Precepto que tras la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, ha sido reiterado en el párrafo segundo del artículo 42 del Código civil y que se presenta con una fórmula parecida a la establecida por aquél, pero cuya particularidad radica en que la nueva redacción suprime la referencia a «ningún Tribunal» contenida en la redacción anterior. El texto se presenta en los siguientes términos: «No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento».

Con esta supresión, el legislador elimina cualquier duda que pudiese surgir sobre la vinculación de los órganos judiciales competentes y, salva la posibilidad de que se puedan suscitar problemas de pronunciamientos sobre competencias de los tribunales de otros órdenes judiciales. Dudas suscitadas en el régimen anterior, debido a que esta referencia que vinculaba a los órganos jurisdiccionales civiles, planteaba si también era extensible a los eclesiásticos, conforme a la recepción de las normas canónicas en la versión originaria del Código civil<sup>817</sup>.

Por otra parte, de la nueva redacción -a diferencia de la establecida en el derogado precepto limitado a la mera inadmisibilidad- se desprende que, el vigente artículo 42 la resalta, debido a que establece de forma expresa que no se admitirá «a trámite».

Las particularidades que presenta la nueva redacción, son:

---

<sup>816</sup> *Vid.*, las explicaciones de GARCÍA CANTERO quien sostiene que «con la prohibición «Ningún Tribunal», singularmente enérgica, dada su generalidad se refería a toda clase de órganos jurisdiccionales del Estado. Por lo que esta prohibición es más fuerte que decir que los esponsales no producen acción, ya que se rechaza *ab origine* la demanda presentada con ese objeto» (*El vínculo de matrimonio...*, *op. cit.*, p. 42).

<sup>817</sup> GARCÍA CANTERO, matiza que «en realidad, en la mayoría de los casos, los Tribunales eclesiásticos aplicaban el Canon 1.017, llegando al mismo resultado que si aplicaban los artículos del Código civil español» (*El vínculo de matrimonio...*, *op. cit.*, p. 42). También, MANRESA y NAVARRO sostienen que «según el párrafo tercero del Canon 1.017 del Código Canónico de 1917, la promesa de matrimonio, aunque sea válida y no haya causa alguna que excuse de cumplirla, no da acción para pedir ante los Tribunales la celebración del matrimonio» (*Comentarios al Código civil...*, 1987, *op. cit.*, p. 417). *Vid.*, En el mismo sentido, ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil...*, 1982, *op. cit.*, p. 13.

a) Se trata de una norma de carácter procesal, cuyo objeto es inadmitir la demanda en que se pretenda que el demandado contraiga matrimonio en cumplimiento de su promesa de matrimonio, lo que significa que una demanda en proceso civil debe ser admitida a trámite, sin perjuicio de que el fallo de la Sentencia, en su día, sea estimatoria o desestimatoria y, no que tras el proceso correspondiente se deba dictar Sentencia desestimatoria de la demanda en la que se pretenda que el demandado/a contraiga el matrimonio prometido y,

b) prevé una regla similar a la establecida con carácter general en el artículo 11. 2<sup>818</sup> de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En ella se rechaza la demanda que entrañe fraude de Ley o procesal, sin necesidad de tramitación del procedimiento correspondiente. En definitiva, se sitúa en el mismo origen del procedimiento la ineficacia procesal<sup>819</sup>.

Otra cuestión, se concreta en determinar si la inadmisión a trámite de la demanda se refiere a los dos supuestos que prevé el párrafo primero del artículo 42 del Código civil, es decir, el cumplimiento de la promesa de matrimonio y las estipulaciones para el supuesto de no celebración. Cuestión salvada de forma positiva por la doctrina<sup>820</sup>, al sostener que la inadmisión a

---

<sup>818</sup> «-2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundamentalmente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal».

<sup>819</sup> *Vid.*, GARCÍA VARELA, *op. cit.*, p. 611; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código Civil...*, *op. cit.*, p. 100.

<sup>820</sup> En este sentido, BADOSA COLL, dice que «la inadmisibilidad procesal es una consecuencia de la ineficacia civil, por lo que la inadmisión deberá extenderse a los dos supuestos» («Comentarios a los artículos...», 1991, *op. cit.*, p. 259); VÁZQUEZ IRUZUBIETA, sostiene que «la claridad de la Ley evita toda discusión doctrinal, debido a que ninguna estipulación de carácter accesorio puede ser admitida a trámite por tratarse de una obligación accesoria que debe correr la misma suerte de la principal, esto es, la sanción de su inadmisibilidad» (*Doctrina y Jurisprudencia...*, *op. cit.*, p. 97); «Comentario a los artículos...», *op. cit.*, pp. 96-98 y, *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 43. También, en la misma línea, *vid.*, PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 67; PUIG BRUTAU, José: *Fundamento de Derecho civil. IV. Familia-Matrimonio*, Bosch, Barcelona, 1982, 2.<sup>a</sup> ed., p. 23; MARTÍN GRANIZO y ALBACAR LÓPEZ, *op. cit.*, p. 500; CAMPUZANO TOMÉ, *op. cit.*, p. 148. Por el contrario, BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, sostiene que «tal inadmisión sólo procede cuando se solicita el cumplimiento de la promesa de matrimonio, pero no cuando se pretende el cumplimiento de los pactos establecidos para el caso de no celebración del matrimonio» (*Comentarios...*, *op. cit.*, p. 144) y, ASÚA GONZÁLEZ, dice que «procede únicamente cuando se solicita el cumplimiento de la promesa

trámite de la demanda deberá proceder en ambos supuestos, es decir, tanto en el caso de que se pretenda el cumplimiento de la promesa de matrimonio, como en el supuesto de exigir una pena convencional estipulada para el supuesto de su no celebración, debido a que ninguna estipulación de carácter accesorio puede ser admitida a trámite, puesto que ésta debe correr la misma suerte que la principal, es decir, su inadmisibilidad.

En suma, la no obligatoriedad de cumplimiento de la promesa de matrimonio comporta que no se admita a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento, pero como consecuencia de lo establecido en el párrafo primero del artículo 43<sup>821</sup> en relación con el párrafo segundo del artículo 42 del Código civil, se desprenden las conclusiones siguientes:

a) El rechazo absoluto de las demandas en las que se pretenda única y exclusivamente exigir el cumplimiento del pacto o de la promesa de matrimonio y,

b) la admisión de aquellas demandas que se encuentren dirigidas a obtener el resarcimiento de los gastos y obligaciones contraídas a que se refiere el párrafo primero del artículo 43 del Código civil<sup>822</sup>. De modo que la única consecuencia que plantea incumplimiento de la promesa de matrimonio se concreta en el ejercicio de la acción de resarcimiento de los daños originados o sufridos en virtud de la futura celebración del matrimonio proyectado –acción regulada por el artículo 43-.

---

de matrimonio, debido al carácter extrajudicial que ésta presenta, pero no cuando se pretenda el cumplimiento de lo estipulado para el supuesto de su no celebración conforme a la nulidad que éste presenta» (*op. cit.*, p. 471).

<sup>821</sup> Cfr., artículo 43 del Código civil.

<sup>822</sup> *Vid.*, MARTÍN GRANIZO y ALBACAR LÓPEZ, *op. cit.*, p. 500; CAMPUZANO TOMÉ, *op. cit.*, p. 148.



## CAPÍTULO QUINTO

### EL INCUMPLIMIENTO Y SUS CONSECUENCIAS

#### I. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE REEMBOLSO

Con el vigente artículo 43 del Código civil el legislador ha aclarado la cuestión del alcance de la obligación de reembolso, ya que con el adverbio «sólo»<sup>823</sup> se hace referencia a los «gastos hechos» y «obligaciones contraídas» en consideración al matrimonio prometido. Esta cuestión, suscitada al amparo de la redacción anterior debido a que el derogado artículo 44 del Código civil de 1889 únicamente mencionaba los gastos hechos, ya estaba resuelta por la doctrina<sup>824</sup> común que a los gastos se equiparaban las obligaciones contraídas.

---

<sup>823</sup> Adverbio que, con esta finalidad limitativa, fue la única modificación introducida sobre el informe de la Ponencia a los artículos 42 y 43 por la Comisión del Congreso, sobre el texto aprobado tras la aceptación parcial de la enmienda que al Proyecto de Ley formularon los Grupos parlamentarios de los socialistas vascos, catalanes y andalucistas, reforzándose con ello el sentido de la norma (*vid.*, Boletín de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados, de 30 de diciembre de 1980, Serie A: Proyectos de Ley, n. 123-II, p. 868/23). También, GARCÍA CANTERO, matiza que «dicho adverbio subraya la excepcionalidad del precepto y ratifica la nulidad decretada en el artículo 42 del Código civil» («Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 35) y, *vid.*, las argumentaciones de DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 57.

<sup>824</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, sostiene que «ya era doctrina común que a los gastos se equiparan las obligaciones contraídas, como aclara ahora el legislador, siguiendo ejemplos extranjeros» («Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, pp. 56-57). También, GARCÍA CANTERO, dice que «en el caso de obligaciones contraídas por causa de la promesa de matrimonio, si éstas se han cumplido, tienen entonces la conceptualización de «gastos»; si no se han cumplido parece que también deben indemnizarse, pues no resulta equitativo que de la simple circunstancia de haber llegado a su vencimiento, se deduzca o no el carácter de reembolsable». Asimismo, añade el ejemplo de que «su cuantía pueda ser tan importante que represente una suma mayor que la de los gastos efectivamente hechos (adquisición a

Se establece por tanto un régimen limitado y básico, puesto que del tenor literal del artículo 43 del Código civil se deduce que el propósito del legislador se concreta en limitar a las consecuencias -patrimoniales directas- derivadas del incumplimiento y, no a otras, el alcance de la obligación del reembolso<sup>825</sup>, de modo que se prescinde de la culpa y erige indudablemente como criterio determinante para atribuir dicha obligación, la existencia o no de «causa».

En suma, estas consecuencias -derivadas del incumplimiento de la promesa de matrimonio- se caracterizan por el carácter «cerrado» y «taxativo» que señala el propio legislador sobre aquéllas.

Por otra parte, aún a pesar de que la formulación de estas consecuencias es cerrada -por decisión del legislador- lo que imposibilita su extensión a otras, lo cierto es que resulta obvia su extensión cuando se

---

plazos del mobiliario o de la vivienda, hipoteca de bienes propios en garantía de préstamos [...]» (*El vínculo del matrimonio...*, *op. cit.*, pp. 59-60). En el mismo sentido, los anotadores, sostienen que «la indemnización se limita a los gastos hechos «por razón del matrimonio prometido» [...]. Más tampoco se ha de tomar la expresión de una manera absolutamente estricta y se deben incluir entre los gastos, no solo los desembolsos efectivamente realizados, sino las obligaciones contraídas con el mismo motivo y no satisfechas todavía» (ENNECCERUS, KIPP y WOLF, *op. cit.*, pp. 50-51). *Vid.*, SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 39; ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 478.

<sup>825</sup> Este límite al alcance de la obligación de reembolso también se encuentra en términos similares, tanto en la legislación italiana [primo comma dal articolo 81 dal Codice civile italiano], como en la portuguesa [artigo 1.594. 1 del Código civil portugués]. Sin embargo, el parágrafo 1.298. 1 del BGB extiende el alcance del resarcimiento de la parte lesionada por la ruptura de la promesa tanto a la reclamación de los gastos realizados u obligaciones contraídas en consideración del matrimonio proyectado, como a los daños originados -a causa del matrimonio prometido- de las medidas adoptadas respecto de su patrimonio o situación laboral, pero cuando resulten proporcionales a las circunstancias del caso. Por su parte la doctrina suiza interpreta el concepto de gastos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido de forma más extensa, puesto que incluye dentro de éstos los gastos originados de vacaciones comunes, el alojamiento y las comidas concedidas de forma gratuita por la parte dañada a la parte incumplidora de la promesa (*vid.*, DESCHENAUX, et TERCIER, *op. cit.*, p. 38).



pretende dar cabida a la indemnización del daño moral o, se intenta hacer entrar en juego el artículo 1.902<sup>826</sup> del Código civil<sup>827</sup>.

Por tanto, se trata de conjugar el principio de tutela de la libertad matrimonial y el de protección a la confianza que suscita en el destinatario de la promesa de matrimonio la formulación de aquélla. Esta conjugación que acarrea una cierta prevalencia de uno de ellos sobre el otro, lo cierto es, que indudablemente, se inclina del lado del principio de la tutela de la libertad matrimonial, de forma tal, que las cortapisas a ese principio deberán ser mínimas. Esto se justifica en que no se pueda aludir la ilicitud respecto del promitente que se niega a dar cumplimiento de la promesa, aunque este incumplimiento sea sin causa.

Asimismo, aunque no tiene cabida la referencia por alguna Sentencia a la obligación de resarcir daños y perjuicios derivados de la conducta originada de la ruptura unilateral por parte del demandado de la promesa de matrimonio sin que conste justa causa para ello<sup>828</sup> -y, por tanto, al no estar dentro del campo de los actos ilícitos, no se puede pretender dar cabida al artículo 1.902 del Código civil-, lo cierto es que se impone la protección de la confianza originada por la formulación de la promesa, conectándose dicha protección con la idea del empobrecimiento injusto<sup>829</sup>.

---

<sup>826</sup> «-El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

<sup>827</sup> En este punto, CARRIÓN OLMOS, dice que «es la propia idea de ilicitud la que el legislador excluye de forma radical de la concepción misma de la figura de la promesa. Por tanto, la tutela del principio de libertad matrimonial es el que excluiría *in radice* que se pudiera hablar de ilicitud en tema de promesa de matrimonio. Por lo que la ruptura de la promesa nunca es ilícita. No lo es en ningún caso. Ello en lo tocante a la tutela de libertad matrimonial. Pero como ésta no puede ser la única perspectiva a tener en cuenta. De ahí, en su caso, la posible existencia del reembolso» («Promesa de matrimonio...», *op. cit.*, p. 140).

<sup>828</sup> *Vid.*, la SAP de Burgos, Sección 3.<sup>a</sup>, de 21 de julio de 2000 [La Ley, 2000/150535].

<sup>829</sup> Así, LASARTE ÁLVAREZ, sostiene que lo que el legislador trata de evitar es lo que «podríamos denominar, sin sentido técnico desde luego, un empobrecimiento sin causa» (*Principios de Derecho...*, 2009, *op. cit.*, p. 40). En este punto, se contraponen el punto de vista de CARRIÓN OLMOS, puesto que no se termina de entender el argumento plasmado por el profesor LASARTE, debido a que no se da la figura del «enriquecimiento injusto», pues quien rompe la promesa sin causa no necesariamente se habrá aprovechado u obtenido

En virtud de lo anterior se justifica la afirmación que sostiene que, no hay ilicitud en la ruptura de la promesa de matrimonio, debido a que ni hay culpa ni daños, puesto que en todo momento se hace referencia a gastos, pero sí hay un pasivo generado a una persona por una finalidad que interesó a otra, el cual le deberá ser compensado por ésta, lo que será suficiente para desplazar este pasivo al legitimado pasivo de la acción. Por otra parte, a diferencia de los artículos 1.729<sup>830</sup> y 1.893<sup>831</sup> del Código civil en los que la inutilidad es institucional, en el artículo 43 la inutilidad del gasto es eventual y sobrevenida, debido a que los gastos devienen estériles o inútiles desde el momento en que el matrimonio prometido se deviene frustrado. Por ello es necesario que se trate en todo momento de «gastos hechos» por razón del matrimonio<sup>832</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia menor<sup>833</sup>, sostiene que el fundamento de esta pretensión no se encuentra en la necesidad de indemnizar los daños causados –ya sean contractuales o, extracontractuales [artículo 1.902 del Código civil], debido a que la infracción de la promesa de matrimonio no se concibe como un acto ilícito [artículo 42 del Código civil]-, sino en evitar el empobrecimiento injusto que sufre el destinatario de la promesa.

---

alguna utilidad o ventaja de los gastos hechos u obligaciones contraídas por el otro promitente. No obstante, la circunstancia de que no se dé aquella utilidad o ventaja no es óbice para apreciar un «empobrecimiento injusto, desplazable o repercutible» en el patrimonio de quien rompió la promesa de matrimonio (*vid.*, «Promesa de matrimonio...», *op. cit.*, Nt. 65, p. 141).

<sup>830</sup> «-Debe también el mandante indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario».

<sup>831</sup> «-Aunque no hubiese ratificado expresamente la gestión ajena, el dueño de bienes o negocios que aproveche las ventajas de la misma será responsable de las obligaciones contraídas en su interés, e indemnizará al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo. -La misma obligación le incumbirá cuando la gestión hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque de ella no resultase provecho alguno».

<sup>832</sup> *Vid.*, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1984, *op. cit.*, p. 112; CARRIÓN OLMOS, «Promesa de matrimonio...», *op. cit.*, p. 141.

<sup>833</sup> *Vid.*, la SAP de Almería, de 24 de octubre de 1994 [AC, 1994/2380].

Siguiendo a CARRIÓN OLMOS, conviene precisar que hasta ahí llegaría la protección de la confianza suscitada por la promesa de matrimonio, ya que sobrepasar ese límite comportaría reducir el ámbito de protección del principio de tutela de libertad matrimonial, lo que implicaría ampliar más allá de lo que el legislador ha pretendido con el artículo 43 del Código civil el ámbito de protección de la confianza. Por tanto, conforme a la especificidad que presenta la figura, las consecuencias patrimoniales directas derivadas del incumplimiento de la promesa serán «solo» las establecidas por el precepto<sup>834</sup>.

A este respecto, se observa un cierto grado de coincidencia en las resoluciones jurisprudenciales. En este sentido, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996* concluye que «puesto que el fundamento de la obligación impuesta por el artículo 43 del Código civil es evitar un empobrecimiento injusto, la indemnización que este precepto concede comprende tanto los gastos hechos en consideración al matrimonio prometido, es decir, aquéllos que se encuentran en directa relación con el matrimonio proyectado, como las obligaciones contraídas en consideración al mismo»<sup>835</sup>.

En similar sentido se pronuncia la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14.ª, de 17 de enero de 2000* (AC, 2000/1134), en la que se afirma la total improcedencia de la reclamación efectuada al amparo del artículo 43 del Código civil, toda vez que la actora en la prueba de confesión en juicio, ha reconocido que no ha tenido gastos en relación al matrimonio. Hecho que por sí sólo, enerva la acción entablada<sup>836</sup>.

---

<sup>834</sup> «Promesa de matrimonio..., *op. cit.*, p. 141.

<sup>835</sup> [R], 1996/9020] y, *vid.*, en idénticos términos, la SAP de Teruel, de 21 de diciembre de 2000 [JUR, 2001/66878].

<sup>836</sup> *Vid.*, SSAAPP de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 3 de mayo de 2005 [La Ley, 2005/97741]; de Madrid, Sección 19.ª, de 24 de marzo de 2004 [JUR, 2004/248652]; de Oviedo, Sección 5.ª, de 15 de noviembre de 2000 [La Ley, 2000/207994].

Cuestión distinta es la que sustancia la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.ª, de 8 de octubre de 2004*, al excluir del artículo 43 del Código civil «la reclamación sobre las obras a realizar en la vivienda, que quedarán en beneficio de la misma, incrementando su valor en venta o arrendamiento, y de las que el demandado no tendrá ningún enriquecimiento, ni supondrán empobrecimiento alguno para la demandada, ni le supone daño patrimonial, siendo que será libre para elegir los presupuestos que considere preciso y realizar las reformas que tuviere por conveniente, siendo que libremente decidió ocupar el piso de su propiedad»<sup>837</sup>. Esta sentencia excluye del ámbito de reembolso los denominados «futuribles», es decir, los gastos u obligaciones a realizar en el futuro si se dan determinadas condiciones, como sería el caso del mero proyecto de reforma a realizar en una vivienda, en el que resulta obvio el hecho de que ni se ha realizado gasto, ni asumido obligación alguna.

En suma, es necesario que realmente existan «*gastos hechos*» u «*obligaciones contraídas*», debido a que si la promesa se rompe aún sin causa, pero no existieron aquéllos, no habrá de reembolsarse nada. Así, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14.ª, de 17 de enero de 2000* (AC, 2000/1134), decía que dicho hecho, por sí solo –es decir, el de no haber tenido gastos en relación al matrimonio y, reconocido por la actora en prueba de confesión en juicio- enerva la acción entablada.

En definitiva, se trata de una norma de carácter restrictivo que, en aras de la protección de la tutela de la libertad de matrimonio, limita de forma drástica la obligación de reembolso. Obligación que al estar limitada a los gastos y obligaciones contraídas por razón del matrimonio prometido, establece una limitación de responsabilidad patrimonial<sup>838</sup>. Por ello, la

---

<sup>837</sup> [JUR, 2004/303882].

<sup>838</sup> En este sentido, BUSTO LAGO establece que «la pretensión indemnizatoria no se dirige al interés positivo –al interés de cumplimiento- representado, en este supuesto, por la celebración del matrimonio, sino al interés negativo derivado del incumplimiento de la promesa de matrimonio, de forma que no haya que indemnizar las ventajas que hubiese reportado la celebración del matrimonio, sino determinados perjuicios que la resolución, sin justa causa, de la promesa le haya acarreado al promitente defraudado en su confianza

necesidad de que estas partidas guarden una relación de causalidad directa con la promesa de matrimonio<sup>839</sup>.

### 1. CONCRECIÓN DEL «QUANTUM» REEMBOLSABLE

El «quantum reembolsable» se encuentra limitado al atribuir el artículo 43 del Código civil<sup>840</sup> relevancia únicamente a las consecuencias directas derivadas del incumplimiento de la promesa de matrimonio -con exclusión de otras-. Por tanto, se trata de una limitación que abarcará dos conceptos: los «gastos hechos» y las «obligaciones contraídas» en consideración al matrimonio prometido<sup>841</sup> y, en consecuencia, de la cantidad

---

y en sus legítimas expectativas» (*op. cit.*, p. 263). Asimismo, ASÚA GONZÁLEZ, dice que «al no existir un deber jurídico de cumplimiento se descarta que la pretensión pueda ser colocada patrimonialmente como si el matrimonio se hubiera celebrado -interés positivo-, sino que la perspectiva indemnizatoria del precepto es más reducida que la del interés negativo (que supondría restaurar la posición en la que se estaría si la promesa no hubiera tenido lugar). Debido ello a que «solo» se indemnizan los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido» (*op. cit.*, p. 477). También, los anotadores decían que «la indemnización no se dirige al interés (de cumplimiento) -ya que si la novia rompe el compromiso, el novio no puede pedir indemnización de los productos que, por virtud del matrimonio hubiera obtenido de los bienes de aquella- que representa la conclusión del matrimonio, sino al interés negativo o interés de la confianza» y, añaden que «la indemnización no se extiende a la reparación de cualquier otro daño material o moral. No se trata, pues, del interés de cumplimiento, sino de los gastos realizados en perspectiva del matrimonio» (ENNECCERUS, KIPP Y WOLF, *op. cit.*, pp. 43-44 y 50-51) y, OBERTO entiende que el alcance objetivo de la obligación indemnizatoria es idéntica al previsto por el artículo 81 del Código civil italiano de 1942, que declara lo siguiente: «La promessa di matrimonio [...], obbliga il promittente che senza giusto motivo ricusi di eseguirla a risarcire il danno cagionato all'altra parte per le spese fatte e per le obbligazioni contratte a causa di quella promessa [...]» (*La promessa di matrimonio tra passato...*, *op. cit.*, pp. 332 y ss.).

<sup>839</sup> *Vid.*, STS, Sala Primera, de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996 [R], 1996/9020].

<sup>840</sup> Cfr., artículo 43 del Código civil.

<sup>841</sup> Así, MANRESA y NAVARRO, José M.<sup>a</sup> (en *Comentarios al Código civil español*, T. I, Reus, Madrid, 1943, p. 333) sobre la base del derogado artículo 44 del Código civil anterior a la reforma operada por Ley 30/1981, de 7 de julio, señalaba que «en nuestro Código no es posible extender los efectos del artículo a la indemnización de perjuicios, pues lo que ha de recibir el prometido desairado no tiene otro concepto que el de reembolso de lo invertido en lo que era preciso para que el matrimonio se realizase, en los derechos pagados por la documentación que fue necesaria, en el moblaje que se compró para la casa conyugal, en las ropas que fueron encargadas, en lo que costaron las actuaciones indispensables, en los regalos de boda, y en todos los demás gastos hechos por razón del matrimonio prometido y no realizado» y, *Comentarios al Código civil español*, T. I, Reus, Madrid, 1956, 7.<sup>a</sup> ed., p. 415. En este sentido, *vid.*, BUSTO LAGO, *op. cit.*, p. 263; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel:

resultante de la suma de ambas partidas se deberá restar –cuando exista- el equivalente a la potencial utilidad que estos gastos y obligaciones reembolsables puedan originar al demandante en el futuro<sup>842</sup>.

En particular, llama la atención que el Código civil español, a diferencia de otros códigos extranjeros, no establezca de forma expresa criterio alguno para establecer límites razonables al «quantum reembolsable»<sup>843</sup>. Esta cuestión se podría haber zanjado con la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, tal como hace el párrafo primero del artículo 81<sup>844</sup> del Código civil Italiano de 1942 -dentro del límite que corresponda a las condiciones de las partes- o, el párrafo segundo del párrafo 1.298<sup>845</sup> del BGB -al modo del requisito de resultar apropiados a

---

*Instituciones de Derecho Civil. II. Derecho de Bienes, Familia y Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1975, 2.ª ed., p. 385; SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio: *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*. Adaptado a las Leyes 13/2005 y 15/2005 (coords.) Pedro GONZÁLEZ POVEDA y Pilar GONZÁLEZ VICENTE, Sepín editorial jurídica, 2005, p. 40; GETE-ALONSO Y CALERA, YSÀS SOTANES Y SOLÉ RESINA, *op. cit.*, p. 120; GARCÍA CANTERO, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 41; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código Civil...*, *op. cit.*, p. 101; DíEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho...*, 2006, *op. cit.*, p. 64; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, «Comentario a los artículos...», *op. cit.*, p. 97; DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ y HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 103.

<sup>842</sup> *Vid.*, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1991, *op. cit.*, p. 261.

<sup>843</sup> En este sentido, SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe (en *Estudios de Derecho civil. V. Derecho de Familia*, Vol. II, Madrid, 1912, 2.ª ed., reformada, corregida y ampliada, p. 463) dice que: «El Código nada menos que condena a resarcir a la otra parte los gastos, esto es, todos los gastos que hubiese hecho por razón del matrimonio prometido, sin que aparezca siquiera la precaución de cierta medida o límite en esos gastos, ya de cantidad, ya de conformidad, ya de mero conocimiento para hacerlos» y, *vid.*, GARCÍA CANTERO, *El vínculo del matrimonio...*, *op. cit.*, p. 60.

<sup>844</sup> Este precepto integrado en el Capítulo I *De la Promesa de matrimonio*; del Título IV *Del matrimonio*, del Libro I *De las personas Físicas*, declara lo siguiente: «[...] El daño es resarcido dentro del límite en que los gastos y las obligaciones correspondan a la condición de las partes (2056)» Trad.: «[...] Il danno è risarcito entro il limite in cui le spese e le obbligazioni corrispondono alla condizione delle parti (2056)».

<sup>845</sup> Este párrafo se encuentra integrado en la sección primera *Matrimonio Civil*; del Título I *Esponsales*; del Libro IV *Derecho de Familia*. Así dice: «-2. Los daños sólo deben ser resarcidos si los gastos, las obligaciones contraídas y las medidas adoptadas eran adecuados a las circunstancias del caso» (LAMARCA MARQUÈS, Albert: *Código Civil Alemán Bürgerliches Gesetzbuch y Ley de Introducción al Código Civil*, Albert LAMARCA MARQUÈS (trad.), ed. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2008, p. 319) Trad.: «Der Schaden ist nur insoweit zu ersetzen, als die Aufwendungen, die Eingehung der

las circunstancias del caso- o, del artículo 1.594. 3<sup>846</sup> del Código civil portugués de 1966 -debiendo atenderse en su cálculo, no solo a la medida en que los gastos y las obligaciones sean razonables, según las circunstancias del caso y la condición de los contratantes, sino también las ventajas que con independencia del matrimonio puedan todavía proporcionar unos y otras-.

En este sentido, parte de la doctrina se ha apoyado en el artículo 1.594. 3 del Código civil portugués de 1966, con la finalidad de ratificar que en relación a esta norma, es necesario que el gasto sea real –ya que han de mostrarse razonables según las circunstancias el caso y la condición de los contratantes- debiendo evitarse la especulación y el enriquecimiento indebido. Por tanto, cuando se trate de gastos total o parcialmente recuperables, la cuantía del reembolso será la diferencia entre los gastos hechos y lo que se obtenga de su venta<sup>847</sup>.

En cuanto a la exigencia de adecuación y proporcionalidad de los <gastos hechos> y <obligaciones contraídas> en consideración del matrimonio proyectado, conviene precisar que aún a pesar del silencio que presenta el

---

Verbindlichkeiten und die sonstigen Maßnahmen den Umständen nach angemessen waren».

<sup>846</sup> Precepto integrado en el Capítulo II *Promessa de matrimonio*; Título II *Matrimonio*, del Libro IV *Derecho de Familia*, dice el mencionado párrafo: «-3. La indemnización es fijada de acuerdo con el arbitrio del Tribunal, para su cálculo se tendrá en cuenta, no sólo en la medida en que los gastos y las obligaciones se consideran razonables dadas las circunstancias del caso y las condiciones de las partes, sino también las ventajas que independientemente del matrimonio, uno u otro todavía pueden proporcionar» (Decreto-Ley Nº 47344/66, 25 de Noviembre (Código Civil) versión traducida al español, facilitada por OMPI, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) Trad.: «-3. A indemnização é fixada segundo o prudente arbítrio do tribunal, devendo atender-se, no seu cálculo, não só à medida em que as despesas e obrigações se mostrem razoáveis, perante as circunstâncias do caso e a condição dos contraentes, mas também às vantagens que, independentemente do casamento, umas e outras possam ainda proporcionar» (Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro (Código Civil), p. 203).

<sup>847</sup> *Vid.*, GARCÍA CANTERO, «Comentarios a los artículo..., *op. cit.*, pp. 41-42 y, *El vínculo del matrimonio...*, *op. cit.*, p. 60; DE VERDA Y BEAMONTE, «Consecuencias económicas..., *op. cit.*, p. 31; ORTEGA PARDO, *op. cit.*, p. 628; JEMOLO, Arturo Carlos: *El matrimonio*. Traducido por Santiago SENTÍS MELENDO y Marino AYERRA REDÍN, ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, p. 68.

artículo 43 del Código civil a este respecto, ya era doctrina predominante<sup>848</sup> que estos conceptos para ser indemnizables debían ser adecuados a las circunstancias, en particular, proporcionales a la fortuna de ambos prometidos.

En suma, los «gastos hechos» y «obligaciones contraídas» serán reembolsables cuando sean adecuados y proporcionados a las circunstancias de las partes. Este criterio seguido por la doctrina, ha mantenido esta exigencia de adecuación y proporcionalidad, lo que resulta acorde con el carácter limitado que presenta el precepto<sup>849</sup>.

De modo que el contenido del reembolso se concreta únicamente a dichas partidas, las cuales se deberán haber realizado en consideración al matrimonio proyectado<sup>850</sup>, e indudablemente, después de haber mediado la promesa de matrimonio -y no con anterioridad-, debido a que su justificación solo se encuentra en el matrimonio prometido. Reembolso que tendrá lugar en la medida en que, efectivamente, estos conceptos devengan inútiles o estériles, siendo necesario tener en cuenta si la parte que los ha realizado ha obtenido alguna utilidad eventual de éstos diferente de la matrimonial inicialmente prevista, utilidad que deberá ser deducida del pasivo a reembolsar<sup>851</sup>. Este sería el caso, por ejemplo, de la compra de

---

<sup>848</sup> Así lo ponían de manifiesto los anotadores al sostener que «se sobreentiende que los gastos para ser indemnizables han de resultar proporcionados a las circunstancias» (ENNECCERUS, KIPP Y WOLF, *op. cit.*, p. 51).

<sup>849</sup> En este punto, SERRANO ALONSO, matiza que «los gastos que se reclaman deben haber sido reales o efectivos, razonables, proporcionados y efectuados en consideración al futuro matrimonio» (*op. cit.*, p. 46) y, también *vid.*, DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, pp. 56-57; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español...*, 1987, *op. cit.*, p. 169; RIBO DURÁN, Luís: *Diccionario del Derecho*, Vol. II, Librería Bosch, Barcelona, 2005, 3.<sup>a</sup> ed., p. 1140.

<sup>850</sup> En este sentido, LLEDO YAGÜE, añade que «esta obligación se refiere a las cantidades abonadas con posterioridad a la promesa de matrimonio y directamente vinculadas a ella» (*op. cit.*, p. 34). *Vid.*, también O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código Civil...*, *op. cit.*, pp. 100-101; ROCA I TRIAS, BLASCO GASCÓ, CLEMENTE MEORO, LÓPEZ Y LÓPEZ, MONTÉS PENADÉS, PRATS ALBENTOSA, VALPUESTA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 60; GARCÍA VARELA, *op. cit.*, p. 612; DE LA IGLESIA MONJE, *op. cit.*, p. 814; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español...*, 1987, *op. cit.*, p. 169.

<sup>851</sup> *Vid.*, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1991, *op. cit.*, p. 261; DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 56; ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 478.



objetos y bienes y, su posterior reventa u, obtención de alguna utilidad de éstos –es decir, la utilización para sí mismo, por ejemplo, del piso destinado inicialmente al hogar conyugal-.

Por cuanto a la prueba, la jurisprudencia exige una relación de causa-efecto entre lo prometido, es decir, la celebración de la boda y los preparativos de ésta. Estos preparativos que dan origen a la existencia de una serie de «gastos hechos» u «obligaciones contraídas», lo cierto es que quedan condicionados –indudablemente- al hecho de la propuesta de la promesa de matrimonio, ya que, en caso contrario, no se habrían realizado.

En síntesis, los presupuestos necesarios para que proceda el reembolso, son: De una parte, -conforme a la exigencia legislativa- que los gastos y obligaciones hayan tenido lugar «en consideración al matrimonio prometido». De otra, -en armonía con lo anterior- que tenga lugar la consecuencia obligada de la efectiva «inutilidad» de aquéllos para el supuesto de que no se lleve a término el matrimonio<sup>852</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia menor presenta una postura similar a la establecida por la doctrina. En particular, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 10 de marzo de 1999*, partiendo del presupuesto de que la actora «ha de ser resarcida de todos los gastos realizados en consideración al matrimonio, de forma que carecen de utilidad tras la ruptura de las relaciones», excluyó la existencia de un perjuicio derivado para aquélla «por la adquisición de un piso, adquirido en consideración del matrimonio», confirmando la sentencia de instancia en cuanto a los muebles del dormitorio adquiridos por la demandante «con cargo a su peculio que retiró del piso y que, en la actualidad, los tiene en su poder, sin que se haya acreditado su inutilidad para fin diferente del inicialmente proyectado». Además, añade que «en cuanto al resto de los desembolsos (ajuar, ropa interior, traje y zapatos adquiridos para la boda)

---

<sup>852</sup> En este sentido, CARRIÓN OLMOS, pone de manifiesto que «no es solo ya que los gastos se hayan hecho en consideración al matrimonio, sino que, además, solo serán indemnizables cuando, frustrado el proyecto matrimonial, carezcan de utilidad» («Promesa de matrimonio..., *op. cit.*, p. 143).

tan solo los dos últimos se evidencian como gastos inútiles para fin distinto del de la ceremonia proyectada, pues la misma actora ha reconocido que el resto de los bienes carecen de características específicas que reduzca su uso a tal fin»<sup>853</sup>.

En similar sentido, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, de 3 de abril de 2000* (AC, 2000/4476), excluyó del ámbito del reembolso la cantidad de 8.000 pesetas de «prueba de novia», debido a que hacían referencia a un peinado consistente en «recogido, maquillaje y mechás». Estos gastos –como confirmó la demandante- no determinaban por sí solos que su destino fuera el proyectado matrimonio, de forma que con independencia del proyecto matrimonial la Audiencia determinó que el gasto tuvo su utilidad.

En definitiva, la reglamentación del artículo 43 del Código civil solo entrará en juego cuando existan circunstancias que sean constatables jurídicamente, es decir, que los «gastos hechos» u «obligaciones contraídas» se hayan realizado en consideración al matrimonio prometido y solo serán reembolsables cuando, frustrado el proyecto matrimonial, devengan inútiles, de modo que si de alguna manera estos fueran aprovechables o útiles al margen de dicho matrimonio, tampoco a ellos se extenderá la obligación de reembolso.

#### **A. Gastos y obligaciones susceptibles de reembolso**

Conforme al literal del artículo 43 doctrina y jurisprudencia se plantean cuáles son los gastos y obligaciones que se integran en el mencionado precepto susceptibles de reembolso -que no resarcimiento-.

Téngase en cuenta que las partidas serán de «reembolso», que no de resarcimiento ni de indemnización, por cuanto inicialmente su naturaleza jurídica y pese a ciertas concomitancias con los principios de responsabilidad civil del artículo 1.902, se aproxima más certeramente al

---

<sup>853</sup> [La Ley, 1999/8490].

enriquecimiento sin causa del segundo párrafo del artículo 1.901<sup>854</sup> del Código civil, siempre que concurre simultáneamente la acreditación de que dichos gastos hayan sido realización en consideración al matrimonio proyectado<sup>855</sup>.

Hecha a anterior precisión, la doctrina<sup>856</sup> entiende por «gastos realizados» todos aquéllos que se encuentran en inmediata y directa relación con el matrimonio proyectado<sup>857</sup> y que efectivamente han sido realizados después de la promesa de matrimonio.

Aquel sería el caso, por ejemplo, de los gastos derivados de la incoación del expediente matrimonial; de la compra del vestido de novia<sup>858</sup>;

---

<sup>854</sup> «[...] pero aquel a quien se pida la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa justa».

<sup>855</sup> ABAD ARENAS y MORETÓN SANZ, *op. cit.*, p.

<sup>856</sup> En este sentido, ORTEGA PARDO, aprecia que «por gastos indemnizables se entienden los sacrificios patrimoniales voluntarios y son en consideración al matrimonio prometido cuando se hubieran omitido si se hubiera previsto la ruptura de los esponsales» (*op. cit.*, p. 628). En el caso de la doctrina italiana, DEGNI, sostiene que «son aquéllos que se encuentran en inmediata y directa relación con el matrimonio que debe celebrarse; así, los gastos legales para otorgar capitulaciones matrimoniales, los de obtención de documentos para el expediente matrimonial y los de tramitación de la dispensa de impedimentos; igualmente, los gastos hechos en vista a la celebración del matrimonio que de otro modo no se hubieran realizado, como los de viaje al lugar de la residencia de la prometida; también entran en este concepto la preparación del ajuar y de la casa conyugal, la adquisición de la vivienda y de su mobiliario, el traje de boda [...]» (*Il diritto di famiglia...*, *op. cit.*, pp. 40-41). También, *vid.*, DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios a los artículos...*, *op. cit.*, p. 56; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil...*, *op. cit.*, p. 76; ROCA I TRIAS, BLASCO GASCÓ, CLEMENTE MEORO, LÓPEZ Y LÓPEZ, MONTÉS PENADÉS, PRATS ALBENTOSA y VALPUESTA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 60; GARCÍA CANTERO, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 41; DE VERDA Y BEAMONTE, «Consecuencias económicas...», *op. cit.*, p. 31; Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho...*, 2006, *op. cit.*, p. 64. Desde el punto de vista jurisprudencial, la STS, de 14 de enero de 1915, dice «que los gastos de que se trata han de ser realizados con vistas al matrimonio prometido, por lo que si son anteriores a los esponsales o no se celebraron con el fin directo del matrimonio no deben ser resarcidos».

<sup>857</sup> La SAP de Alicante, Sección 4.<sup>a</sup>, de 2 de noviembre de 2000 [JUR, 2001/46609] estima que solo serán reembolsables «los gastos hechos en consideración al matrimonio prometido, entendiéndose por tales aquéllos que se encuentren en inmediata y directa relación con el matrimonio proyectado, como las obligaciones contraídas en consideración al mismo».

<sup>858</sup> En este sentido, las SSAAPP de Ciudad Real, Sección 2.<sup>a</sup>, de 2 de octubre de 2006 [RJ, 2006/139789]; de Vizcaya, Sección 4.<sup>a</sup>, de 5 de marzo de 2008 [La Ley, 2008/52495], incluyen esta partida dentro de los gastos derivados del compromiso matrimonial, debido a que este gasto está directamente relacionado con el matrimonio que se preparaba.

de los ocasionados como consecuencia del traslado de residencia; de la resolución del contrato de arrendamiento de la vivienda habitual; del traslado de los hijos a un centro de enseñanza próximo a la nueva residencia; del pago y señal del banquete; de la compra de muebles, enseres y elementos decorativos destinados a la que sería la vivienda conyugal<sup>859</sup> y, los abonados para el pago de las invitaciones<sup>860</sup>.

Como «obligaciones contraídas»<sup>861</sup> podrían sucumbir aquellos otros gastos no incluidos en la partida anterior, aunque necesarios para cumplir las prestaciones futuras a las que se haya obligado el demandante -es decir, el legitimado activamente para el ejercicio de la acción del artículo 43 del Código civil o dicho de otra forma, la parte que no haya motivado la ruptura-

<sup>859</sup> *Vid.*, SSAAPP de Badajoz, Sección 3.ª, de 10 de julio de 2007 [La Ley, 2007/154596]; de Murcia, Sección 4.ª, de 29 de mayo de 2009 [La Ley, 2009/88832]; de Barcelona, Sección 16.ª, de 16 de septiembre de 2010 [La Ley, 2010, 191227]; de Alicante, Sección 7.ª, de 14 de diciembre de 2005 [JUR, 2005/140947]. Sentencias todas en las que se incluyen en esa partida los muebles, electrodomesticos, menaje y demás enseres destinados a la decoración y habitabilidad de la que iba a ser la vivienda familiar de haberse celebrado finalmente el matrimonio entre ambas partes.

<sup>860</sup> Así, la SAP de Barcelona, Sección 19.ª, de 12 de junio de 2008 [JUR, 2008/317049], incluye dentro de los gastos realizados los 150 € dejados en concepto de paga y señal en el establecimiento donde se iba a celebrar el convite «RESTAURANTE LA DEU», así como la suma de 179'50 € abonada para el pago de las invitaciones -ambos pagos realizados por Dña. Luz- al comercio ESTHER DE PAPERS S.L. En definitiva, este Tribunal condenó al demandado a indemnizar a la actora por «un importe total de 329'50 € como perjuicios derivados de la ruptura matrimonial unilateral de matrimonio por parte de éste, junto con los intereses legales desde la interpelación judicial». También, la SAP de Les Illes Balears, Sección 4.ª, de 3 de enero de 2012 [La Ley, 2012/1857], incluye dentro de los gastos realizados los referidos a determinados bienes y enseres destinados a la decoración y habitabilidad de la que iba a ser la vivienda familiar, así como la suma de 4.440 € abonada para el pago del banquete de boda al establecimiento «PUEBLO ESPAÑOL» -establecimiento donde iba a celebrarse en convite-, el coste de las alianzas, las invitaciones de boda y un pago a cuenta por el reportaje de boda.

<sup>861</sup> Así, entre otros, DE LA IGLESIA MONJE, sostiene que «por obligaciones se refiere a las obligaciones de pago aplazado contraídas en consideración al matrimonio prometido, siempre y cuando tengan una conexión directa con el matrimonio» (*op. cit.*, p. 815). Por su parte, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, añade que «por obligaciones se refiere obviamente a las de pago aplazado» (*Doctrina y Jurisprudencia...*, *op. cit.*, p. 103) y, dice que «en estas obligaciones la prestación queda pendiente de ser satisfecha por quien contrajo la deuda» («Comentario a los artículos...», *op. cit.*, p. 97) y, *vid.*, también, DELGADO ECHEVERRÍA, Comentarios a los artículos..., *op. cit.*, p. 56; GARCÍA CANTERO, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 41; DE VERDA Y BEAMONTE, «Consecuencias económicas...», *op. cit.*, p. 32; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español...*, 1987, *op. cit.*, p. 169.

en función del matrimonio prometido. Así, por ejemplo, entre otros, las compras con precio aplazado; los gastos que generen garantías del cumplimiento de obligaciones contraídas y, el pago de intereses que se devenguen en el futuro.

En este sentido, la jurisprudencia menor presenta una postura coincidente a la establecida por la doctrina. En particular, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 24 de octubre de 1994* (AC, 1994/2380) –siendo ponente Juan RUÍZ-RICO RUÍZ MORRÓN– concluye que serán reembolsables «los gastos hechos en consideración al matrimonio prometido, entendiendo por tales aquéllos que se encuentren en inmediata y directa relación con el matrimonio proyectado, como las obligaciones contraídas en consideración al mismo».

En el asunto en autos y como advierte el ponente, de las pruebas practicadas se acredita que «como consecuencia del proyectado matrimonio la actora realizó una serie de gastos y contrajo una serie de obligaciones; así las pruebas testificales y documentales aportadas a los autos demuestran que solicitó un préstamo personal a la Caja Rural de Almería por un importe de un millón de pesetas, entregando al demandado –mediante cheque nominativo– la suma de 968.000 pesetas como parte del precio de adquisición de una vivienda donde se instalaría el futuro matrimonio». Además, acreditó que «entregó al demandado –mediante cheque nominativo– la cantidad de 200.000 pesetas para el abono de determinados gastos de comunidad del edificio adquirido».

Por último, reclama «las cantidades de 252.000 pesetas por la compra de un dormitorio de cinco puertas (sic) y de 62.200 pesetas por la adquisición de un mueble para la vivienda, gastos que dice efectuados con vistas al futuro matrimonio». Por su parte, de las pruebas practicadas quedó acreditada la existencia de la promesa cierta de futuro matrimonio, como se constató por el certificado del cura párroco y de las testificales de éste y de varios testigos que afirmaron que las partes en enero de 1990 comunicaron

de sus intenciones de contraer nupcias a sus amigos y familiares, fijando la celebración de la boda para mayo de 1992<sup>862</sup>.

Concretamente, el Tribunal condenó al demandado, a restituir a la actora la suma de 968.000 pesetas –importe de un préstamo personal solicitado por aquélla con la finalidad de contribuir al pago de la vivienda, propiedad del demandado y donde lo litigantes pensaban residir después de la celebración del matrimonio; al importe de los intereses derivados del préstamo personal solicitado por la demandante, que ascendían a 443.180 pesetas como obligación reembolsable contraída con ocasión del matrimonio proyectado y, finalmente, la mitad de la suma reclamada por los muebles adquiridos por ambos con destino a la mencionada vivienda, debido a que dicho extremo al Tribunal le pareció más ajustado a la realidad y al fundamento del empobrecimiento injusto de la obligación contenida en el artículo 43 del Código Civil.

En similar sentido se pronunciaba otra resolución suscrita por el mismo ponente, en la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.ª, de 15 de enero de 2010* (La Ley, 2010/311042), donde «se condenaba al demandado a restituir a la actora la cantidad de 17.442'84 € en concepto de los gastos realizados por ésta con la finalidad de adquirir mobiliario, preparar el ajuar y acondicionar la vivienda que ambos decidieron que debía ser el domicilio conyugal».

Igualmente quedó acreditada la existencia de la promesa cierta de futuro matrimonio, comprometiéndose las partes como culminación de la convivencia que habían iniciado meses antes, siendo formulada de forma

---

<sup>862</sup> Frente al primer extremo, el demandado afirmó que las cantidades recibidas le eran debidas por un crédito que mantenía con los padres de la actora; respecto del segundo, que dicha suma era debida por los padres de aquélla -afirmaciones carentes de cualquier actividad probatoria, mientras que la solicitud de la actora se encuentra basada en pruebas solidas documentales que son coincidentes con las fechas de adquisición por el demandado del piso y corroboradas por la prueba testifical-. Respecto de la última reclamación, aunque el demandado mantiene que los muebles indicados fueron pagados en efectivo por él, lo cierto es que la prueba practicada al respecto -consistente en la testifical del industrial que vendió los muebles- únicamente acredita que fueron pagados por los dos.

seria e inequívoca y exteriorizada a amigos y familiares. La fecha de la boda se señaló para el 15 de julio del 2006, siendo prueba de ello el inicio de los preparativos del viaje de luna de miel en una agencia de viajes. Por otra parte, la ruptura de la promesa fue realizada sin causa que lo justificara por el demandado y los gastos realizados por la actora fueron realizados a partir de que la promesa de matrimonio tuviese lugar y en consideración al futuro matrimonio que iban a contraer y no de la convivencia iniciada con antelación. Prueba de ello es que no consta que la demandante efectuara gasto o adquisición alguna con anterioridad al compromiso matrimonial.

En el caso, también, de la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 10 de julio de 2007* (La Ley, 2007/154596), condenó al demandado a restituir a la demandante la cifra de 5.927,92 € más los intereses legales, a consecuencia de los gastos satisfechos por la demandante con motivo de la promesa de matrimonio incumplida por el demandado y, de otro, en concepto de las obligaciones contraídas al pago de 10.293,52 €<sup>863</sup>.

De las «consideraciones aportadas queda debidamente acreditado el incumplimiento de la promesa de matrimonio por parte del demandado, lo que, en estricta aplicación de lo dispuesto en el artículo 43 del Código Civil, le hace responsable del resarcimiento de los gastos realizados y las obligaciones contraídas que resultan igualmente probadas, al no haber refutado éste las pruebas aportadas por la demandante, que muestran cada uno de los conceptos y su consiguiente cuantificación. Por tanto, carecen del pretendido efecto revocatorio las confusas argumentaciones que, a modo de cortina de humo, trata de interponer el demandado frente a la

---

<sup>863</sup> En el caso concreto, dichas sumas incluían los «conceptos abonados por la actora - lámparas halógenas por importe de 90 €, papel pintado del cuarto de baño por importe de 44 e enseres y mobiliario adquirido a PILANA, S.L., por importe de 4.682,92 € y anticipo a cuenta de sanitarios y grifería por importe de 967 €-»; adicionalmente, «la responsabilidad de pago de las demás obligaciones contraídas a consecuencia de la promesa de matrimonio incumplida, por importe total de 11.293,52 € -muebles y enseres adquiridos por la actora por importe de 5.856,54 €, vidriera por importe de 315,50 € y muebles adquiridos a PRESTMUEBLE VILLAMUEBLE, S.A.L., por importe de 4.121,48 €-». En idéntico sentido, la SAP, de Murcia, Sección 3.ª, de 29 de noviembre de 2002 [La Ley, 2002/200953], condenó a la demandada a que pagará al actor 6.202,61 €, gastos que fueron efectuados con motivo de la promesa de matrimonio incumplida por ésta.

incuestionable realidad de la adquisición de una serie de muebles, enseres, útiles y elementos decorativos destinados a la que sería vivienda conyugal, algunos de los cuales han sido abonados por la demandante y otros están pendientes de pago. De no haber mediado la promesa incumplida, la actora no habría realizado los meritados pagos y otras adquisiciones cuyo abono sigue pendiente, por lo que al demandado le corresponde hacer frente a los mismos en los términos impetrados en la demanda».

En idéntico sentido, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, de 7 de junio de 2011* (La Ley, 2011/202156), condenó al «demandado a abonar a la actora la suma de 2.480 € e intereses legales de demora, e imponiendo a éste las costas causadas, por la ruptura sin causa de la promesa de matrimonio». Dicho importe estaba referido a los gastos sufragados por la actora para la boda que ambos pensaban celebrar y que el demandado rompió de forma unilateral. Aunque la promesa de matrimonio no se formalizó por escrito, de la prueba practicada se concluye la existencia irrefutable de dicho compromiso, de ahí que la actora procediese a la reserva de la Iglesia, compromiso fotográfico, alquiler de equipo de música, salón de boda y adquisición del traje de novia -partidas todas que se encuentran incluidas dentro del concepto de gastos, siempre que se encuentren en inmediata y directa relación con el matrimonio proyectado y se realicen después de la promesa de matrimonio-<sup>864</sup>.

En el caso ventilado por la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.ª, de 27 de enero de 1998* (La Ley, 1998/9096), el demandado pretendió sin éxito alegar que la ruptura fue bilateral sin acreditar por su parte, la causa alegada para desistir de la promesa suscrita. De la prueba practicada, el futuro contrayente demandado fue condenado a

---

<sup>864</sup> De la lectura de los correos electrónicos remitidos por el demandado a la actora – aportados con la demanda y cuya autoría no se objeta– el futuro contrayente pone de manifiesto la pérdida plena de afectividad y esencia del matrimonio y señala claramente su intención de desistir unilateralmente al matrimonio proyectado por ambos sin aportar causa alguna, la Juez *a quo*, no duda de que el responsable de la ruptura de la promesa fue el demandado, pese a los innumerables intentos por la actora de reconducir la situación al expresarle que desistiese de esa idea y siguiesen adelante con la celebración del proyectado matrimonio.



abonar a la actora la suma de 78.431 pesetas y a asumir de forma unilateral las responsabilidades derivadas de las obligaciones contraídas con ocasión del matrimonio. En ella, aunque el demandado alegó que hubo promesa de matrimonio -es decir, negocio jurídico preliminar a la celebración de las nupcias, pero de naturaleza bilateral, que tras su aceptación deja de ser una solicitud unilateral, pasando a tener carácter recíproco-, debido a que éste así lo admitió en su escrito de contestación, señalando que se acordó la boda para el 2 de julio de 1994 y aduciendo que la ruptura se produjo de mutuo acuerdo -supuesto de extinción en el que como en todo negocio jurídico bilateral queda inoperante la obligación indemnizatoria del artículo 43 del Código civil-, lo cierto es que de los elementos probatorios se dedujo que la ruptura provino únicamente del demandado, el cual no demostró que concurriese causa que obstase a la celebración del matrimonio, lo que constituye un hecho extintivo que requiere de alegato y prueba para quedar remitida la obligación indemnizatoria.

En similar sentido se pronunciaban las *Sentencias de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 5.ª, de 15 de noviembre de 2000* (La Ley, 2000/207994), en las que se reitera que «solo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido, descartando cualquier indemnización que no sea por los dos conceptos referidos: gastos hechos y obligaciones contraídas». En el caso concreto, el demandado escribió a la demandante una carta proponiéndole matrimonio, hecho que origino que aquella abandonase Suecia y retornarse a España, lo que le supuso el transporte de muebles, desde aquel país al domicilio del demandado sito en Avilés. En la mencionada Sentencia se condenó al demandado a abonar a la demandada el importe del billete de avión para regresar a España desde el país en el que residía -Suecia- valorado en 58.849 pesetas, así como el importe derivado del transporte de los muebles de aquella -190.000 pesetas-, valorándose los daños en un total de 251.929 pesetas.

Por su parte, en la *Sentencia de Alicante, Sección 4.ª, de 2 de noviembre de 2000* (JUR, 2001/46609), se consideraron como gastos consumados en consideración al matrimonio prometido, los derivados de las

cancelaciones efectuadas respecto de la reserva del comedor comprometido para la celebración de las nupcias, del encargo del reportaje fotográfico, de la lista de bodas y, de la adquisición del traje y zapatos de la novia<sup>865</sup>, ascendiendo a un total de 235.000 pesetas. Téngase en cuenta, que el demandado, sin alegar causa, procedió a la ruptura unilateral de la promesa siete o diez días con anterioridad a la fecha establecida para la celebración de las nupcias

Otra resolución de interes es la *Sentencia de Barcelona, Sección 16.ª, de 8 de octubre de 2004*<sup>866</sup>, que refunde la doctrina sentada por la *Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de enero de 1913*, al considerar que tendrán la consideración de gastos hechos «los efectuados para trasladarse al lugar donde se debía celebrar el matrimonio y, que también cabría considerar como tales los gastos reclamados por paga y señal del banquete»<sup>867</sup>.

En particular, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19.ª, de 13 de marzo de 2009* (La Ley, 2009/170034) –siendo ponente Carlos VILLAGRASA ALCAIDE– desestimó el recurso de apelación interpuesto, con imposición de las costas a la parte apelante. En ella, se solicitaba por el demandante apoyándose en que la ruptura de la promesa se produjo unilateralmente por la demandada, el resarcimiento de los gastos derivados del pago de un tratamiento dental que éste asumió en favor de aquélla en consideración del proyectado matrimonio entre las partes. En el

---

<sup>865</sup> *Vid.*, por el contrario, la SAP de Valladolid, Sección 3.ª, de 16 de abril de 2008 [La Ley, 2008/128302], sostiene que «en caso de condena al pago del precio del vestido y zapatos de boda adquiridos por la actora, debería ser está condenada a hacer entrega de los mismos al demandado, pues de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto ya que podría venderlos a posteriori o volver a utilizarlos ella misma si contrae matrimonio con otra persona en el futuro». Consideración que es del todo coherente, puesto que el reembolso únicamente deberá tener lugar en la medida en que, efectivamente, estos conceptos devengan inútiles o estériles, por tanto, será necesario tener en cuenta si la parte que los ha realizado ha obtenido alguna utilidad eventual de éstos diferente de la matrimonial inicialmente prevista, la cual se deberá deducir del pasivo a reembolsar. Siendo este un claro caso de lo aquí expuesto, debido a que el traje y los zapatos de novia podrían originar ya su posterior reventa o la obtención de alguna utilidad, por ejemplo, su reutilización en un matrimonio posterior.

<sup>866</sup> [JUR, 2004/303882].

<sup>867</sup> [folio 73].

caso concreto, ni quedó acreditada la existencia de promesa cierta de matrimonio -aun a pesar de la insistencia del apelante respecto de la existencia de aquella, considerando su acreditación por el encargo del vestido de novia o de las solicitudes de la partida de nacimiento o del expediente matrimonial-, debido a que la documentación aportada no permitía concluir que hubiera existido la promesa mencionada, ni se aportó prueba alguna sobre la existencia del mencionado tratamiento dental.

De lo dicho, se puede concluir que tendrán la consideración de «gastos hechos» los desembolsos ya realizados por estar consumados y, de «obligaciones contraídas» las deudas todavía no satisfechas, debido a que la prestación está todavía pendiente de ser satisfecha por quien contrajo esa deuda. Asimismo, se deberán haber realizado en consideración al matrimonio prometido, encontrando su justificación<sup>868</sup> en éste, por lo que su realización necesariamente se deberá haber realizado después de haber efectuado la promesa de matrimonio<sup>869</sup>.

#### **B. Gastos y obligaciones excluidas del ámbito del reembolso: Especial alusión a la revocación de las donaciones por razón de matrimonio**

De lo anterior, se puede concluir que serán excluidos de dicha conceptualización y, por tanto, del ámbito reembolsable, de una parte, todos aquellos gastos relacionados con una convivencia previa -cuando no hayan sido realizados en función del matrimonio- y cuya celebración se haya prometido y, de otra, las obligaciones que se condicionaron a la existencia

---

<sup>868</sup> Por su parte, BADOSA COLL, sostiene que «al tratarse de gastos y obligaciones que solo se justifican en función del matrimonio prometido, esta justificación se expresa jurídicamente como *motivo o determinante* del gasto o negocio por el que se asumió la obligación. En consecuencia, no se puede exigir que este carácter venga expresado en los respectivos actos, por lo que se debe desprender de las circunstancias de los mismos» («Comentarios a los artículos...», 1991, *op. cit.*, p. 261).

<sup>869</sup> En este sentido, la SAP de Alicante, Sección 7.<sup>a</sup>, de 14 de diciembre de 2005 [JUR, 2008/140947], sostiene que «tanto los gastos hechos como las obligaciones contraídas que correspondan ser reembolsadas, deberán ser siempre posteriores a la celebración de la promesa de matrimonio».

del matrimonio o, que se puedan resolver sin perjuicio para el promitente que las asumió<sup>870</sup>.

Así, por ejemplo, tendrán tal consideración, entre otros, las aportaciones económicas efectuadas por la pareja a la vida en común, cuando éstos hayan formado un hogar con anterioridad al matrimonio; los gastos derivados del noviazgo; los del embarazo y parto de la promitente, debido a que éstos habrían tenido lugar con independencia de que se hubiera o no celebrado el matrimonio; los de viajes de placer realizados en común por los promitentes, puesto que también los podrían haber realizado personas que no se encontrasen prometidas; las donaciones por razón de matrimonio y, las invitaciones o estancias en casa de uno de los progenitores de uno de los futuros contrayentes<sup>871</sup>.

Por lo que a las donaciones<sup>872</sup> realizadas entre los promitentes, la correspondencia cruzada, las fotografías y, retratos intercambiables por razón de la promesa de matrimonio se refiere, conviene precisar que son

---

<sup>870</sup> En este sentido, *vid.*, ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 478; DE LA IGLESIA MONJE, *op. cit.*, p. 815; DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho...*, 2002, *op. cit.*, p. 64.

<sup>871</sup> En este sentido, la STS, de 27 de marzo de 1958 [RJ, 1958/1456], conforme a la cual «es costumbre generalizada [...] pues es indudable la voluntad de agasajar y obsequiar».

<sup>872</sup> Las donaciones realizadas por razón de matrimonio realizadas por los futuros contrayentes o por terceras personas a uno o a ambos prometidos, se encuentran reguladas en los artículos 1.336 a 1.343 del Código civil. En este sentido, NUÑEZ LAGOS, Rafael (en *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, ed. Reus, Madrid, 1934, p. 134) dice que en los artículos 1.341 y 1.342 se recoge de forma tácita la antigua aplicación de las *condictiones* el Derecho romano, en concreto, la *condictio ob causam atorum*, que tiene lugar «cuando se ha disminuido el propio patrimonio a favor de otro en vista de una prestación o un hecho futuro (causa futura honesta) que luego no se realiza». Asimismo, añade que «se fundamenta la acción de enriquecimiento sin causa, al prever el artículo 1.342 que: «Quedarán sin efecto las donaciones por razón de matrimonio si no llegara a contraerse en el plazo de un año», por lo que se establece la obligación de restitución de lo donado por la falta de causa que la motivó». *Vid.*, también las aportaciones en esta materia de TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes: «Notas sobre las donaciones por razón de matrimonio a la luz de la Reforma del Código civil en materia de separación y divorcio», en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI: (Jornadas Internacionales sobre las reformas de Derecho de familia. Ponencias y Comunicaciones. Madrid, 27, 28 y 29 de junio de 2005)*, Fátima YAÑEZ VIVERO; Araceli DONADO VARA y María Fernanda MORETÓN SANZ (coords.), Carlos LASARTE ÁLVAREZ (dir. congreso), Madrid, 2006, pp. 523-540.

cuestiones no resueltas tras la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio.

Esta falta de precisión por parte del legislador ha sido criticada, entre otros, por GARCÍA CANTERO, quien ha propuesto como posible solución la de incluir en el futuro, dentro de la sección de la promesa de matrimonio, un régimen específico de las donaciones, regalos u obsequios cruzados entre los promitentes e, incluso los realizados por terceros a favor de aquéllos en consideración al matrimonio proyectado.

Dos son las razones que –con acierto– han motivado esta propuesta, de una parte, las numerosas sugerencias formuladas por la doctrina; de otra, y con la finalidad de equiparar esta medida a lo establecido por otros Códigos europeos, se alude a la minuciosa y detallada reglamentación que a tal respecto contienen los artículos 1.592 y 1.593 del Código civil portugués<sup>873</sup>, referidos respectivamente al *Reembolso en los casos de*

---

<sup>873</sup> Dicen los citados preceptos, de forma respectiva: Artículo 1.592: (Los reembolsos en los casos de incapacidad y retiro): «-1. En caso de que el matrimonio no puede ser celebrado por la incapacidad o retirada de alguno de los promitentes, cada uno de ellos será obligado a devolver las donaciones que otro o un tercero le haya realizado en virtud de la promesa y en la expectativa del matrimonio, de acuerdo con los términos establecidos para la nulidad o anulación del negocio jurídico. -2. La obligación de devolver las cartas y retratos personales del otro promitente, pero no las cosas que han sido consumidas antes de la retractación o verificación de la discapacidad» Trad.: Artigo 1.592: (Restituições, nos casos de incapacidade e de retractação). «-1. No caso de o casamento deixar de celebrar-se por incapacidade ou retractação de algum dos promitentes, cada um deles é obrigado a restituir os donativos que o outro ou terceiro lhe tenha feito em virtude da promessa e na expectativa do casamento, segundo os termos prescritos para a nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico. -2. A obrigação de restituir abrange as cartas e retratos pessoais do outro contraente, mas não as coisas que hajam sido consumidas antes da retractação ou da verificação da incapacidade» (Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro (Código Civil), p. 202) y, Artículo 1.593: (Reembolsos en caso de muerte): «-1. Si el matrimonio no se produce por causa del fallecimiento de alguno de los novios, el promitente sobreviviente puede conservar las donaciones del fallecido, pero en este caso, perderá el derecho a exigir los que, por su parte, hizo. -2. El promitente podrá retener la correspondencia y retratos personales del fallecido y exigir el reembolso de lo que ha recibido de él» Trad.: Artigo 1.593: (Restituições no caso de morte). «-1. Se o casamento não se efectuar em razão da morte de algum dos promitentes, o promitente sobrevivo pode conservar os donativos do falecido, mas, nesse caso, perderá o direito de exigir os que, por sua parte, lhe tenha feito. -2. O mesmo promitente pode reter a correspondência e os retratos pessoais do falecido e exigir a restituição dos que este haja recebido da sua parte» (Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro (Código Civil), p. 203)

*discapacidad y retiro y, Reembolso en el caso de fallecimiento*<sup>874</sup>. Legislación en la que se regula tanto la devolución de las donaciones realizadas por la promesa o expectativa del matrimonio, en el caso de que éste no tenga lugar, ya sea por la discapacidad o retirada de cualquiera de los promitentes, conforme a los términos establecidos de nulidad o anulación de la transacción, como la devolución de las cartas y retratos, a excepción de las cosas que hayan sido consumidas con anterioridad a la discapacidad o retirada de la promesa.

También el citado texto legal prevé en el supuesto de fallecimiento, la posibilidad de conservar las donaciones, cartas y retratos por el promitente que sobreviva al difunto, lo que origina su imposibilidad para exigir la devolución de las que el promitente hubiese hecho al fallecido.

Además de las anteriores, surge la existencia de una tercera concretada –con acierto– en la sustantividad propia que presenta este tipo de donaciones frente a las realizadas por razón de matrimonio y la necesidad de someter la acción de restitución a un plazo corto de caducidad que podría ser el mismo que prevé el vigente artículo 43 y, finalmente, por cuanto a la revocación por ingratitud de las donaciones ordinarias se refiere, conviene reseñar como oportuno lo previsto en el artículo 652<sup>875</sup> del Código civil<sup>876</sup>.

Así como la conveniencia de indicar que la restitución debería tener lugar con independencia de que la promesa de matrimonio reuniera o no los requisitos previstos por el artículo 43 del Código civil y, que no debería hacer ninguna distinción en atención a la causa por la que el matrimonio no se contrae. Esta distribución que no se debería hacer ni siquiera en caso de fallecer uno de los prometidos, se justifica en el hecho de no haber

---

<sup>874</sup> *Vid.*, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1984, *op. cit.*, p. 44.

<sup>875</sup> «-La acción concedida al donante por causa de ingratitud no podrá renunciarse anticipadamente. Esta acción prescribe en el término de un año, contado desde que el donante tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitar la acción».

<sup>876</sup> *Vid.*, GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio...*, *op. cit.*, p. 72.

desaparecido los fines que los motivaron y existir una presunción de voluntad del difunto<sup>877</sup>.

Sin embargo, en caso de donaciones realizadas entre los promitentes, parte de la doctrina<sup>878</sup> sostiene que en caso de donaciones realizadas por quien se retracta sin causa de la promesa de matrimonio, el esposo donante podrá conservarlas por aplicación analógica del principio previsto en los artículos 1.119<sup>879</sup> -se asimila al esposo donante que rompe sin causa la promesa con el obligado condicional que impide voluntariamente el cumplimiento de la condición-; 1.306. 2<sup>880</sup> -se equipara al esposo donatario con el contratante ajeno a la causa torpe que motiva la nulidad del contrato y que permite a éste reclamar lo que hubiere dado, sin obligación de cumplir lo que hubiere ofrecido- y, finalmente, en el párrafo tercero del artículo 1.343<sup>881</sup> -asemeja al esposo donante que sin causa disuelve la promesa de matrimonio con el donatario que de mala fe causa la nulidad matrimonial o, incurre en causa de desheredación o le es imputable la causa de divorcio o separación y, contra quien se puede revocar la donación-. Mientras que otros autores<sup>882</sup> entienden conforme a lo previsto en el artículo 1.342<sup>883</sup> del

<sup>877</sup> *Vid.*, ORTEGA PARDO, *op. cit.*, p. 629.

<sup>878</sup> *Vid.*, entre otros, VARGAS ARAVENA, *op. cit.*, p. 54; LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil*, 1990, *op. cit.*, pp. 334 y ss.; COBACHO GÓMEZ, José Antonio: «Comentario a los artículos 1.336 a 1.343», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ (dir.), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 615 y ss.; COSTAS RODAL, Lucía: «De las donaciones por razón del matrimonio. Artículos 1336 a 1343», en *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 1600 y 1604.

<sup>879</sup> «-Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento».

<sup>880</sup> «-2. Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido».

<sup>881</sup> «-En las otorgadas por los contrayentes, se reputará incumplimiento de cargas, además de las específicas, la anulación del matrimonio si el donatario hubiere obrado de mala fe. Se estimará ingratitud, además de los supuestos legales, el que el donatario incurra en causa de desheredación del artículo 855 o le sea imputable, según la sentencia, la causa de separación o divorcio».

<sup>882</sup> En este sentido, MARTÍNEZ CALCERRADA GÓMEZ, Luis (en «Comentario al artículo 1342», en *Comentario del Código Civil*, T. VII, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), Bosch, Barcelona, 2000, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 65 y ss.) sostiene que «el donante, aunque nada se hubiera

Código civil sobre revocación de donaciones por razón de matrimonio que cada uno de los promitentes podrá pedir la restitución. Restitución que incluso podrá ser solicitada por el que se oponga al cumplimiento de la promesa.

No obstante, aunque exista causa en la ruptura de la promesa de matrimonio que justifique la devolución de las donaciones efectuadas, será el Juez el que en última instancia deberá decidir realmente cuando se trata de bienes donados o de meros regalos de costumbre o uso.

En este sentido, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, de 14 de diciembre de 2005*, compartiendo el criterio del Tribunal *a quo*, respecto a los regalos consistentes en joyas, libros, ropas [...] -realizados por el actor a su esposa que se desistió con causa del cumplimiento de la promesa de matrimonio-, determinó que «no son gastos realizados por razón del matrimonio futuro..., sino que son regalos de costumbre generados entre personas que mantienen una relación afectiva. Por consiguiente, no son tampoco donaciones por razón de matrimonio por lo que no existe una infracción de lo preceptuado por el artículo 1.342 del Código civil»<sup>884</sup>.

Otra cuestión que se suscita es qué ocurre con las donaciones otorgadas a los prometidos por terceras personas, en caso de ruptura de matrimonio. Esta cuestión es de solución fácil conforme a lo establecido por el artículo 1.342 del Código civil, puesto que no realizándose el matrimonio prometido el cual es la causa que motiva la donación y, por tanto, «actúa como motivo determinante en el donante y, a la inversa, que la perspectiva

---

establecido al respecto, puede ejercitar la acción para que se devuelvan los bienes donados, sin esperar el plazo de un año, cuando el matrimonio ni puede ya celebrarse porque uno de los futuros esposos contrae matrimonio con otro, fallece o tiene lugar otra circunstancia que haga imposible el matrimonio». Alternativa última que VARGAS ARAVENA dice -con acierto- se puede entender «incluida la ruptura sin causa de la promesa de matrimonio, debido a que no existe distinción» (*op. cit.*, p. 54).

<sup>883</sup> «-Quedarán sin efecto las donaciones por razón de matrimonio si no llegara a contraerse en el plazo de un año».

<sup>884</sup> [JUR 2005/140947].



de la donación incluye en el donatario, a quien facilita el sostenimiento de las cargas familiares»<sup>885</sup>, las donaciones quedarán sin efecto, por lo que deberán ser devueltas, ya sean donadas a uno o a ambos prometidos.

Otra cuestión que queda pendiente en la Legislación española, debido a su inexistente regulación por el Código civil, se refiere al destino de las cartas y fotografías que se hayan podido intercambiar los promitentes.

Esta cuestión -aún a pesar del silencio legislativo a este respecto- ha sido salvada por parte de la doctrina<sup>886</sup>, la cual entiende que rota la promesa, cabe el deber recíproco de restitución, debido a que los actos de disposición implícitos en ese intercambio de cartas y fotografías entre los promitentes afectan a los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen de las personas<sup>887</sup>, por lo que se deben considerar subordinados a la celebración del matrimonio, de modo que si éste no tiene lugar, las cartas y fotografías se deberían restituir de forma recíproca por las partes.

## 2. LA EXCLUSIÓN DEL LUCRO CESANTE: OTRAS VÍAS PARA SU REPARACIÓN

Como ya se ha dicho, el artículo 43 del Código civil únicamente contempla el reembolso de los «gastos hechos» y «obligaciones contraídas»

---

<sup>885</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco y RAMS ALBESA, Joaquín: *Elementos de Derecho Civil. IV. Derecho de familia*, tercera edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albasa, ed. Dykinson, Madrid, 2008, p. 150.

<sup>886</sup> Así, entre otros, *vid.*, DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ y HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 104. Por el contrario, GARCÍA CANTERO, sostiene que «la devolución de la correspondencia solo podrá tener lugar invocándose a la costumbre jurídica, ya que otra forma de protección parece problemática, teniendo en cuenta que los derechos de la personalidad no han alcanzado, en nuestro ordenamiento un desarrollo completo» (*El vínculo de matrimonio...*, *op. cit.*, p. 74). Por su parte, LACRUZ BERDEJO y ALBALADEJO GARCÍA, entienden «que, en principio, parece normal su restitución únicamente por el que rompe sin motivo la promesa de matrimonio, cuando no se hayan destruido, siendo esta obligación más apremiante cuando contengan documentos tales como testamentos holográficos, reconocimientos de deuda o, puedan ser objeto de uso indebido por parte de quien las recibió» (*op. cit.*, p. 54).

<sup>887</sup> En este sentido, la Constitución Española dice en su «Artículo 18. -1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

siendo necesario que exista una relación de causalidad<sup>888</sup> directa entre éstos y la promesa de matrimonio<sup>889</sup>, excluyendo de su ámbito de aplicación el reembolso del lucro cesante, es decir, aquellos otros daños patrimoniales no reconducibles a la partida de «gastos hechos» u «obligaciones contraídas» en consideración del matrimonio prometido.

Este sería el caso, por ejemplo, de las ganancias dejadas de obtener como consecuencia de haber dejado o rechazado un empleo o, perdido un subsidio, debido al traslado de los promitentes a la localidad en donde pensaban establecer su domicilio conyugal o haber realizado determinados actos de disposición –es decir, la venta de un piso en una ciudad para comprar otro en donde el matrimonio habrá de fijar su residencia-<sup>890</sup>.

En este sentido, la doctrina<sup>891</sup> y jurisprudencia menor reciente son coincidentes en que el reembolso se limita al «interés negativo», es decir, a los gastos consumados en contemplación del contrato proyectado, con exclusión del lucro cesante.

En lo que a esta materia se refiere, entre otras, las *Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14.ª, de 17 de enero de 2000* (AC, 2000/1134) y, *de Oviedo, Sección 3.ª, de 15 de noviembre de 2000* (La Ley, 2000/207994), siguiendo la doctrina sentada en la *Sentencia del Tribunal*

---

<sup>888</sup> Respecto al requisito de causalidad, la SAP de Badajoz, Sección 3.ª, de 10 de julio de 2007 [La Ley, 2007/154596] sostiene que se debe acreditar que dichos gastos y obligaciones fueron realizados con ocasión del matrimonio prometido, es decir, que se traten de «pagos y otras adquisiciones cuyo abono siga pendiente» que «de no haber mediado la promesa incumplida –la actora- no habría realizado».

<sup>889</sup> Desde el punto de vista jurisprudencial, la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996 [R], 1996/9020] y, la SAP de Teruel, de 21 de diciembre de 2000 [JUR, 2001/66878], establecen que «aquéllos se encuentren en directa relación con el matrimonio proyectado».

<sup>890</sup> *Vid.*, DE VERDA Y BEAMONTE, «Consecuencias económicas...», *op. cit.*, p. 32; ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 478; BUSTO LAGO, *op. cit.*, pp. 263-264.

<sup>891</sup> Sobre si el interés negativo comprende también el lucro cesante o las ventajas que la parte perjudicada hubiera podido obtener por haber perdido otro negocio, *vid.*, las argumentaciones de DÍEZ-PICAZO, Luís: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. I. Introducción. Teoría del contrato*, Civitas, Madrid, 1993, 2.ª ed., pp. 279-280.

*Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996*, señaló que «de la dicción del artículo 43 del Código civil al disponer el legislador que el incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio sólo produce la obligación de reembolsar a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido, descartando cualquier reembolso que no sea por los dos conceptos referidos: gastos hechos y obligaciones contraídas». Declaró que resulta claro, a instancia de la Sala que «el subsidio dejado de percibir en Suecia no es subsumible en ninguna de las dos excepciones referidas -gastos hechos u obligaciones contraídas- a que se refiere el artículo 43 del Código civil»<sup>892</sup>.

En similar sentido, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.ª, de 8 de octubre de 2004*, invocando la propia dicción literal del artículo 43 del Código civil -precepto referido a gastos u obligaciones contraídas y, no a ganancias dejadas de obtener-, excluye del ámbito reembolsable el lucro cesante por las ganancias dejadas de obtener por los alquileres que se perdieron en la vivienda de la actora donde iban a vivir<sup>893</sup>.

En virtud de lo anterior, está justificada la afirmación que sostiene que, la doctrina ha entendido de forma mayoritaria que el tenor literal del artículo 43 del Código civil excluye el reembolso de los perjuicios ocasionados en este concepto. Además, de que frecuentemente se ha utilizado este precepto para argumentar que en él se contempla un supuesto de la llamada responsabilidad precontractual, con la finalidad de negar el

---

<sup>892</sup> [R], 1996/9020] y, *vid.*, en idéntico sentido, SAP de Granada, Sección 3.ª, de 11 de diciembre de 2003 [La Ley, 2003/207274].

<sup>893</sup> Este pronunciamiento se apoya en que, sin perjuicio de que el contrato vencía en el mismo mes de agosto sin que los inquilinos hubiesen sido llamados a juicio por si en otro caso hubiesen o no continuado en el inquilinato, en todo caso, dicho precepto se refiere a gastos y obligaciones contraídas, no a ganancias dejadas de obtener; ni tampoco cabe entender a la reclamación sobre las obras a realizar en la vivienda, que quedarán en beneficio de la misma, incrementando su valor en venta o arrendamiento y de las que el demandado no tendrá ningún enriquecimiento, ni supondrán empobrecimiento alguno para la demandada, ni le supone daño patrimonial, siendo que será libre para elegir los presupuestos que considere preciso y, realizar las reformas que tuviese por conveniente, ya que libremente decidió ocupar el piso de su propiedad [JUR, 2004/303882] y, *vid.*, SAP de Alicante, Sección 7.ª, de 14 de diciembre de 2005 [JUR, 2005/140947].

reembolso del lucro cesante en los casos en los que se solicita un reembolso en tal concepto<sup>894</sup>. Por tanto, conforme al precepto esta exclusión del lucro cesante del ámbito del reembolso resulta técnicamente correcta<sup>895</sup>.

Sin embargo, distinto es que tal conclusión sea adecuada con los denominados «criterios de justicia material», ya que desde la perspectiva de la relación de causalidad -que es la que el legislador tiene presente en el artículo 43 Código civil «en consideración»- no se comprende por qué se debe excluir del ámbito indemnizable el lucro cesante cuando éste se haya dejado de percibir en consideración al matrimonio prometido, por lo que una cosa será que la protección de la confianza se deba limitar en tema de promesa de matrimonio y, otra distinta limitar de forma arbitraria el ámbito económico del resarcimiento cuando lo gastado o dejado de percibir responda a un mismo fundamento, es decir, la ruptura sin causa de la promesa con posterioridad.

En suma, si de lo que se trata es de poner a cargo de quien incumple el empobrecimiento injusto sufrido por la contraparte, no se encuentra sentido a la negación que a ese empobrecimiento tiene el hecho de que contribuyan tanto los gastos realizados como los ingresos dejados de percibir<sup>896</sup>.

En este punto, DELGADO ECHEVERRÍA sostiene que «en el ordenamiento español esta solución que posiblemente dependerá de que se puedan entender incluidos en un concepto amplio de gastos, debido a que fuera de éstos la ruptura de los esponsales no obliga a ninguna otra indemnización, se justifica en la inclusión por el legislador en el precepto del adverbio «solo»<sup>897</sup> -de finalidad limitativa-»<sup>898</sup>. Por tanto, únicamente, una concepción

---

<sup>894</sup> *Vid.*, BUSTO LAGO, *op. cit.*, p. 264.

<sup>895</sup> *Vid.*, en este sentido, ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 478; CARRIÓN OLMOS, «Promesa de matrimonio...», *op. cit.*, p. 145.

<sup>896</sup> *Vid.*, CARRIÓN OLMOS, «Promesa de matrimonio...», *op. cit.*, p. 146.

<sup>897</sup> Este adverbio cuya finalidad, es limitativa, constituye la única modificación que la Comisión del Congreso introdujo sobre el informe de la Ponencia a los artículos 42 y 43 del Código civil.

<sup>898</sup> «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 57.

amplia de aquéllos será congruente con criterios de justicia material, ya que lo que importa es la apreciación de la relación de causalidad directa entre la existencia de la promesa de matrimonio y la cesación en la percepción de los ingresos<sup>899</sup>.

En este sentido, el legislador alemán [parágrafo 1.298 del BGB] -a diferencia del caso español- ha extendido los límites del resarcimiento del esposo lesionado por la ruptura de la promesa no solo a la reclamación de los gastos u obligaciones contraídas por razón del matrimonio proyectado, sino también a los gastos incurridos por éste a causa de las medidas tomadas respecto de su patrimonio o situación profesional como consecuencia de las expectativas del matrimonio futuro, siempre que resultasen proporcionales a las circunstancias del caso concreto<sup>900</sup>. En la misma línea, se ha pronunciado la doctrina suiza, que aunque sin texto expreso, los ha considerado en idéntico sentido.

De lo dicho, se plantea si en estos supuestos en los que nos encontramos ante la existencia de otros daños que se han originado como consecuencia de la ruptura sin causa de la promesa de matrimonio, su resarcimiento sería o no posible a través de la aplicación de lo previsto por el artículo 1.902 del Código civil.

---

<sup>899</sup> *Vid.*, CARRIÓN OLMOS, «Promesa de matrimonio...», *op. cit.*, p. 146.

<sup>900</sup> «-1. Si uno de los prometidos resuelve la promesa de contraer matrimonio, debe resarcir al otro prometido, a los padres de éste y a los terceros que han actuado en el lugar de los padres, los daños que resultan de los gastos realizados y de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. También debe resarcir al otro prometido de los daños que se le han causado por adoptar, en consideración al matrimonio prometido, medidas respecto de su patrimonio o de su situación laboral. -2. Los daños sólo deben ser resarcidos si los gastos, las obligaciones contraídas y las medidas adoptadas eran adecuados a las circunstancias del caso» (LAMARCA, *op. cit.*, p. 319) Trad.: «-1. Tritt ein Verlobter von dem Verlöbniß zurück, so hat er dem anderen Verlobten und dessen Eltern sowie dritten Personen, welche anstelle der Eltern gehandelt haben, den Schaden zu ersetzen, der daraus entstanden ist, dass sie in Erwartung der Ehe Aufwendungen gemacht haben oder Verbindlichkeiten eingegangen sind. Dem anderen Verlobten hat er auch den Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erleidet, dass er in Erwartung der Ehe sonstige sein Vermögen oder seine Erwerbsstellung berührende Maßnahmen getroffen hat. -2. Der Schaden ist nur insoweit zu ersetzen, als die Aufwendungen, die Eingehung der Verbindlichkeiten und die sonstigen Maßnahmen den Umständen nach angemessen waren».

Frente a esta problemática, se distingue, de una parte, la postura de aquellos autores<sup>901</sup> que abogan por la posibilidad de que frente a la existencia de otros daños, se pueda acudir al artículo 1.902 del Código civil en consonancia con el artículo 43, debido a que la acción de reclamación nacida de este precepto no es incompatible de la que configura el artículo 1.902 del Código civil, ya que ésta se debe a todos los daños y perjuicios. Sin embargo, matizan que el precepto obliga a probar el comportamiento culposo y ya no solo injustificado del que rompió la promesa.

No obstante, defienden que el artículo 43 del Código civil tampoco excluye, en su caso, la acción de enriquecimiento sin causa para otros daños patrimoniales, que siendo consecuencia directa de la ruptura de la promesa exceden de las partidas previstas por el artículo 43 del Código civil -es decir, los gastos hechos y obligaciones contraídas en consideración del matrimonio prometido- y, dicen que en estos supuestos, estos daños patrimoniales que serían compensables por medio de la acción del enriquecimiento, presentan la característica de no ser antijurídicos, ni culpables, por tanto, la falta de causa justa que justifique el enriquecimiento del patrimonio de una persona en detrimento de otra, sería injusto, debiendo obligarse a su reparación dentro de los límites del enriquecimiento<sup>902</sup>.

En este punto, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la acción de enriquecimiento sin causa constituiría el principio de carácter general basada en la ilicitud del enriquecimiento de una persona a costa de otra, como se ha reconocido en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 1958, en la que «al romperse las relaciones prematrimoniales, desapareciendo así la razón de ser de dichas obras (en casa de la novia demandada y costeadas por el novio demandante), surge un enriquecimiento para el demandado al incorporar a su patrimonio la obra realizada por el actor de buena fe, la que no puede ponerse en duda dado el

---

<sup>901</sup> *Vid.*, LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil...*, 1990, p. 100.

<sup>902</sup> *Vid.*, en este sentido las aportaciones de VARGAS ARAVENA, *op. cit.*, pp. 56 y ss.

motivo de las mismas; también existe un empobrecimiento del demandante, porque al no haber percibido el importe de la obra y materiales incorporados a la misma, sufre una disminución de su patrimonio; y hay un nexo causal entre dicho enriquecimiento y empobrecimiento, pues conformes los litigantes en que las obras que costeó el actor con consentimiento explícito del demandado y con vista a la boda concertada, al no celebrarse ésta, quedan como mejora de los fines»<sup>903</sup>.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia menor, también se llega a idéntica conclusión, en el que sentido de que la acción de enriquecimiento sin causa igualmente mantiene su vigencia subsidiaria para este caso, con la finalidad de solucionar aquellos menoscabos que no tengan cabida por medio de la aplicación de lo previsto por el artículo 43 del Código civil, en la medida que concurren los requisitos generales para ello<sup>904</sup>.

Así, YZQUIERDO TOLSADA, tras analizar las distintas formas de reparación y la relación entre responsabilidad civil y enriquecimiento injusto, dice que «entre esas otras acciones bien podrá estar la de enriquecimiento injustificado, si entendemos, con DIEZ-PICAZO, que constituye ésta un expediente que, por muy basado en los principios generales del Derecho que esté, entra en concurso con las acciones

---

<sup>903</sup> [R], 1958/1456].

<sup>904</sup> *Vid.*, la SAP de Oviedo, Sección 5.<sup>a</sup>, de 15 de noviembre de 2000 [La Ley, 2000/207994]. Por su parte, en la SAP de Alicante, Sección 7.<sup>a</sup>, de 14 de diciembre de 2005 [JUR, 2005/140947] se detallan los requisitos para la para la admisión del enriquecimiento injusto, siendo estos: 1º) Que nazca de un hecho jurídico lícito, prescindiendo de nociones de culpa o culpabilidad. 2º) La adquisición de una ventaja patrimonial por parte del demandado, que puede producirse tanto por un aumento del patrimonio *lucrum emergens*, como por una no disminución del mismo *damnum cesans*. 3º) Un correlativo empobrecimiento acreditado del actor. 4º) Una conexión perfecta entre el enriquecimiento y el empobrecimiento por virtud del traspaso directo del patrimonio del actor al del demandado. 5º) Finalmente, una falta de causa o justificación, ausencia que no se da cuando el desequilibrio económico sea consecuencia de la existencia de un negocio jurídico válido y eficaz entre las partes o de una expresa disposición legal que lo autorice, o lo que es lo mismo, cuando lo obtenido se adquiere en virtud de un derecho.

reconocidas expresamente por la Ley [...]. La solución solo puede pasar por dar autonomía a una acción de enriquecimiento injusto»<sup>905</sup>.

Por su parte, RAGEL SÁNCHEZ<sup>906</sup>, aunque es partidario de la teoría anterior, lo cierto es que apoyándose en los escasos fallos emitidos por el Tribunal Supremo, cuestiona el éxito de ésta en la que se pretende la aplicación conjunta de los artículos 43 y 1.902 del Código civil. En particular, hace alusión a la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996*, de la que se desprende que cuando se alega el desistimiento sin causa de la promesa como único fundamento de la obligación de reembolso, ésta se limita al alcance del artículo 43, debiendo rechazarse la aplicación del artículo 1.902 del Código civil<sup>907</sup>.

También, la jurisprudencia menor se ha pronunciado respecto de esta cuestión. En particular, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 30 de enero de 2001*, pone en cuestionamiento la compatibilidad de dichos preceptos, al sostener que la aplicación del artículo 1.902 del Código civil resulta cuando menos discutible, porque existiendo una regla especial, cual es la contenida en el artículo 43, ésta debe prevalecer sobre cualquier precepto general»<sup>908</sup>.

Por el contrario, otro sector doctrinal<sup>909</sup> –sin hacer mención alguna al enriquecimiento injusto- cuestiona la aplicación del artículo 1.902 y, sostiene la imposibilidad de aplicar de forma conjunta los artículos 43 y 1.902 del Código civil, con la finalidad de reparar otros daños directamente relacionados con la ruptura de la promesa de matrimonio, conforme a la literalidad que presenta el artículo 43.

---

<sup>905</sup> *Sistema de Responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 504.

<sup>906</sup> *Op. cit.*, pp. 58 y ss.

<sup>907</sup> [JUR, 1996/9020].

<sup>908</sup> [JUR, 2001/194405].

<sup>909</sup> *Vid.*, entre otros, DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, pp. 58-59; O'CALLAGHAN, *Compendio de derecho...*, *op. cit.*, p. 41.



Estos autores que inadmiten la posibilidad de reparar la existencia de otros daños que aún originados directamente por la ruptura de la promesa de matrimonio, sean distintos a los previstos por el legislador, se apoyan en que con la incorporación del término sólo al artículo 43 del Código civil por Ley 30/1981, de 7 de julio, se han fortalecido los argumentos para excluir la reparación de cualquier otro daño que sea distinto a los previstos por el precepto.

Por tanto, con la nueva redacción del artículo 43 del Código civil, de modo directo, una ruptura sin causa de la promesa de matrimonio no originará responsabilidad alguna por aquellos otros daños que puedan haberse derivado de la ruptura de la promesa. Con ello, se cierra la posibilidad de aplicar en estos casos lo previsto por el artículo 1.902 del Código civil<sup>910</sup>.

Así, CARRIÓN OLMOS<sup>911</sup> acertadamente sostiene que dos son las razones por las que resulta inaplicable en estos casos el artículo 1.902 del Código civil. De una parte, por la exclusión de la ilicitud de la conducta derivada del incumplimiento de la promesa de matrimonio aún sin causa; De otra, por el carácter de «formula cerrada» que se adopta por el legislador, en cuanto al resarcimiento, al establecer el artículo 43 «sólo producirá».

Téngase presente que esta ruptura del matrimonio es configurada como un hecho lícito y no antijurídico en el que de forma excepcional y conforme a los principios de equidad, el legislador español de acuerdo al texto del artículo 43 del Código civil, obliga al reembolso de unos reducidos daños patrimoniales, de forma tal, que estos gastos y obligaciones contraídos en consideración a la celebración del matrimonio prometido son los únicos que la ruptura de la promesa sin causa puede ocasionar.

---

<sup>910</sup> GARCÍA CANTERO, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 42; REINA Y MARTINELL, *op. cit.*, p. 273.

<sup>911</sup> «Promesa de matrimonio...», *op. cit.*, p. 146.

En suma, el legislador español –al igual que el italiano<sup>912</sup>– con la redacción del artículo 43 del Código civil refuerza el alcance limitado de la responsabilidad por incumplimiento de la promesa de matrimonio, por lo que, de modo directo, una ruptura sin causa no dará origen a responsabilidad, ni por los daños patrimoniales, ni por los morales, ya que ha previsto expresamente las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de la promesa y las ha circunscrito al reembolso de los «gastos hechos» y «obligaciones contraídas» en consideración al matrimonio prometido, por lo que aquéllos otros daños quedan fuera del ámbito del precepto. Esta previsión se justifica en que –indudablemente– ha pretendido que estas consecuencias sean únicamente las que se deriven de dicho hecho<sup>913</sup>.

En definitiva, en estos supuestos en los que se produce un daño patrimonial que excede de las partidas previstas por el artículo 43 del Código civil y que son susceptibles de reparación, resulta prácticamente indiscutible que procederá el recurso a la acción por enriquecimiento sin causa, excluyéndose de raíz la aplicación del artículo 1.902.

### **3. LOS DAÑOS MORALES DERIVADOS DE LA RUPTURA SIN CAUSA DE LA PROMESA DE MATRIMONIO**

En relación a la indemnización de los daños morales, la doctrina<sup>914</sup> y jurisprudencia han sido unánimes en que del tenor literal del artículo 43 del

---

<sup>912</sup> Cfr. párrafo primero del artículo 81 del Código civil Italiano de 1942.

<sup>913</sup> En la misma línea, DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso (en *Instituciones de Derecho Civil. II. Derecho de Familia*. Revisado y puesto al día por Manuel DE COSSIO Y MARTÍNEZ y José Luís LEÓN ALONSO, Civitas, Madrid, 1988, 1.ª ed., p. 386) mantiene que «el texto legal al respecto debería ser interpretado en sentido restrictivo y no extender sus palabras más allá de lo expresamente permitido, pues así parece seguirse de la voluntad del legislador y, otra cosa supondría atentar directamente contra el principio fundamental de libertad matrimonial».

<sup>914</sup> *Vid.*, en este sentido, entre otros, BUSTO LAGO, *op. cit.*, p. 264; ROCA I TRIAS, BLASCO GASCÓ, CLEMENTE MEORO, LÓPEZ Y LÓPEZ, MONTÉS PENADÉS, PRATS ALBENTOSA, VALPUESTA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 60; DE VERDA Y BEAMONTE, «Consecuencias económicas...», *op. cit.*, p. 34; LLEDO YAGÜE, *op. cit.*, p. 34; DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho...*, 2006, *op. cit.*, p. 64; GARCÍA CANTERO, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 9; SIERRA GIL DE LA CUESTA, *op. cit.*, p. 40.

Código civil, resulta evidente que la acción que de él se deriva no incluye la indemnización de los daños morales que se pudieran derivar de la ruptura de la promesa para el promitente dispuesto a contraer el matrimonio prometido. Los términos «gastos hechos» y «obligaciones contraídas», contenidos en el precepto resultan terminantes al respecto.

En este sentido, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 24 de octubre de 1994*, declaró que «siendo el fundamento de la obligación del artículo 43 del Código civil el empobrecimiento injusto, la indemnización que dicho precepto concede, comprende tanto los gastos hechos en consideración al matrimonio prometido, entendiéndose por tales aquéllos que se encuentren en inmediata y directa relación con el matrimonio prometido, como las obligaciones contraídas en consideración al mismo»<sup>915</sup>.

Así lo constata la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996* cuando establece que «el artículo 43 del Código civil sólo concede indemnización por los «gastos hechos» y «obligaciones contraídas» en consideración al matrimonio prometido, conceptos que no amparan ninguno de los que se valoran para aquélla<sup>916</sup>, pues es preciso que exista una relación de causalidad directa entre los gastos u obligaciones y la promesa de matrimonio. No cabe indemnización por daño moral ya que no existe ninguna obligación de indemnizar a la novia o novio abandonado, ni introducir reproches culpabilísticos en la libre elección de no contraer matrimonio pese a la promesa, con las limitaciones que este precepto entraña en orden a las consecuencias económicas del incumplimiento»<sup>917</sup>.

---

<sup>915</sup> [AC, 1994/2380].

<sup>916</sup> Se trata de una unión de hecho subsiguiente a una promesa de matrimonio del varón, a causa de la cual la mujer –demandante– había renunciado a su antiguo domicilio –en el que tenía varios huéspedes–, además de contribuir a los gastos de la unión y realizar gastos extraordinarios para sufragar los estudios en Toledo de un hijo con vistas al asentamiento en Madrid del proyectado matrimonio. Luego el demandado se niega a casar y, se rompe la convivencia.

<sup>917</sup> [R], 1996/9020].

Por otra parte, la exclusión por dicha Sentencia de la posibilidad de lograr la indemnización de los daños morales mediante el recurso al artículo 1.902 del Código civil, se justifica en que el daño moral ocasionado por la frustración del proyecto matrimonial no resulta indemnizable bajo ninguna cobertura legal y, lo mismo para el caso del estado de depresión subsiguiente<sup>918</sup>.

En idéntico sentido, las *Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14.ª, de 17 de enero de 2000* (AC, 2000/1134) y, *Sección 16.ª, de 16 de septiembre de 2010* (La Ley, 2010, 191227), refunden la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996 (RJ, 1996/9020) y, sostienen que «el daño moral causado por la frustración del proyecto matrimonial no es indemnizable bajo ninguna cobertura legal, ni tampoco los estados depresivos que pudieran derivarse del mismo»

En particular, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, de 3 de abril de 2000* (AC, 2000/4476) se expresa en unos términos que no terminan de ser del todo claros, debido a que el reconocimiento del daño moral derivado de la ruptura de la promesa de matrimonio es una cuestión distinta al de la validez o no de la promesa en sí misma.

En la citada Sentencia se desestimó la petición de la actora de que el demandado, que había roto la promesa de matrimonio, fuera condenado al pago de 500.000 pesetas en concepto de daño moral. Sentencia en la que la Audiencia estimó que el daño moral ni tiene la consideración de gasto, ni es obligación potencial, por lo que no obedece a un empobrecimiento asumido por el destinatario de la promesa en consideración al matrimonio prometido. Además, añadió que indemnizar el daño moral supondría dar validez jurídica a la promesa como esponsales de futuro, lo que supondría

---

<sup>918</sup> Desde el punto de vista jurisprudencial, en la SAP de Baleares, de 15 de abril de 1998, conforme a la que «se rechaza la inclusión del gasto de la asistencia médica que precisó la novia por el impacto del incumplimiento de la promesa de matrimonio».

sustituir la obligación de hacer por la de dar, lo cual es contrario a lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil.

En este sentido, conviene puntualizar que dicha Sentencia – posiblemente- pretende decir que si se reconoce la indemnización del daño moral, de forma indirecta lo que se atacaría sería el principio de libertad de tutela matrimonial de los promitentes, los cuales pueden consentir en la celebración del matrimonio prometido, con la finalidad de evitar el pago de las cantidades en que se valore el referido daño moral<sup>919</sup>.

#### **4. OTROS DAÑOS CRONOLOGÍCAMENTE COINCIDENTES CON LA RUPTURA DE LA PROMESA CIERTA DE MATRIMONIO: SU INDEMNIZACIÓN POR MEDIO DEL ARTÍCULO 1.902 DEL CÓDIGO CIVIL**

En los casos en los que el desistimiento sin causa de la promesa de matrimonio constituya un hecho que de forma conjunta con otras circunstancias, origine un daño distinto a los establecidos por el artículo 43 del Código civil y que obligue a su reparación, conviene precisar que el daño no tendrá su origen de forma exclusiva en la retractación sin causa de la promesa, sino en el hecho de que unida ésta, a otras circunstancias, constituye una fuente compleja de la producción del daño.

Daños que se pueden concretar, entre otros, en injurias, calumnias e, incluso lesiones corporales, que de forma conjunta a la promesa de matrimonio y a su posterior ruptura sin causa pueden originar diversos tipos de daños, que sin duda exceden de las previsiones establecidas por el artículo 43 del Código civil, debiendo ser indemnizados conforme a las reglas generales de la responsabilidad civil e incluso pudiendo constituir un ilícito penal sancionados por medio de los delitos de estafas u otros.

En suma, se trata de daños que no encuentran su fundamento directo en el incumplimiento de la promesa de matrimonio, sino en otros hechos en los que la inejecución de la promesa constituye un hecho más en la realización del daño, aunque no es exclusivo del mismo.

---

<sup>919</sup> *Vid.*, DE VERDA Y BEAMONTE, «Consecuencias económicas...», *op. cit.*, p. 34.

En este sentido, la doctrina<sup>920</sup> sostiene que aunque estos daños patrimoniales indirectos quedan fuera del ámbito del artículo 43 del Código civil, esto no significa que no puedan ser reparados al amparo del artículo 1.902 del Código civil, cuando el comportamiento pueda ser catalogado como culpable<sup>921</sup>, por lo que la culpa no debe consistir en el incumplimiento de la promesa de matrimonio o, en la circunstancia de dar motivo al otro promitente para su incumplimiento -culpa de la que indudablemente prescinde el artículo 43-, sino en la causación -entre los prometidos- de los daños a indemnizar conforme a las reglas generales -injurias, calumnias, o por lesiones corporales- fundados en otros hechos distintos del incumplimiento.

DELGADO ECHEVARRÍA<sup>922</sup>, sostiene que otra cosa es que entre prometidos, sea posible la causación de daños que hayan de ser indemnizados conforme a las reglas generales, no fundados en el incumplimiento de la promesa, sino en otros hechos. A lo que, se podría admitir que siendo la promesa no seria, sino un mero engaño con una finalidad lesiva, al estar fuera de los supuestos de la norma especial del artículo 43, jugará libremente el artículo 1.902 del Código civil.

También, REINA Y MARTINELL<sup>923</sup>, sostienen que no se trata de una ampliación de la obligación resarcitoria del artículo 43, sino que se trata de aplicar el artículo 1.902 para reparar unos daños que tienen un origen

---

<sup>920</sup> En este sentido, GARCÍA CANTERO, sostiene que «esto no obstará a que tal ruptura, de modo indirecto, integre el supuesto de hecho de otras normas dándose origen a aquella o a otras consecuencias jurídicas» («Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 42). *Vid.*, también GARCÍA GIL, Javier: *Código de la Familia y de las Uniones de Hecho. Jurisprudencia y Formularios*, Dijusa, Madrid, 2007, pp. 16-17; ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 478.

<sup>921</sup> Este término abarca a a todo aquél que no prevé un daño previsible o no evita un daño evitable o, que actúa queriendo o, al menos aceptando el daño. Por tanto, la culpa no consistirá en incumplir la promesa o en la sola circunstancia de dar motivo al otro para no cumplirla.

<sup>922</sup> *Op. cit.*, p. 59 y, en el mismo sentido, *Vid.*, ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil...*, 1984, *op. cit.*, p. 15.

<sup>923</sup> *Op. cit.*, p. 273.

distinto, aunque cronológica o indirectamente puedan tener relación con la promesa de matrimonio.

En suma, dos son los supuestos en los que cabría la reclamación al amparo del artículo 1.902 del Código civil, es decir, a través de la responsabilidad civil extracontractual:

a) Aquellos supuestos en los que el incumplimiento de la promesa se realizará sin causa seria. En este caso, esta circunstancia –es decir, la inexistencia de causa seria- determinaría la posibilidad de complemento en lo que a los conceptos indemnizatorios atañe, por lo que cabría la reparación de otros daños que no son reconducibles a la idea de gastos u obligaciones.

b) aquéllos otros en que tal causa tuviese lugar. En este supuesto, estos comportamientos culpables serían únicamente los daños que se pudiesen imputar a tal comportamiento.

Por otra parte, conviene precisar que este requisito de culpa requerido por el artículo 1.902 del Código civil, para que surja la responsabilidad civil extracontractual y, que no se encuentra incluido por el legislador español en el concepto de ruptura injustificada de la promesa, se justifica posiblemente en que no toda ruptura injustificada necesariamente debe tener la consideración de culposa<sup>924</sup>. Aspecto que sí ha sido previsto por el legislador portugués, al contemplar de forma expresa como presupuesto de la obligación indemnizatoria la ruptura de la promesa de matrimonio sin justo motivo o por culpa de alguno de los promitentes<sup>925</sup>.

---

<sup>924</sup> En este punto, BUSTO LAGO entiende que «la culpa habría que buscarla en la no justificación del incumplimiento de la promesa, de forma que en el Ordenamiento Jurídico español, la culpa del promitente incumplidor estuviese incluida en el concepto de ruptura injustificada de la promesa» (*Op. cit.*, p. 276).

<sup>925</sup> Artículo 1.594 (Daños y perjuicios). «-1. Si alguno de los dos promitentes rompe la promesa sin justa causa o por culpa suya, o da lugar a otro que se retracte, debe indemnizar a la parte inocente, así como a los padres de este o terceros que también hayan actuado en nombre de los padres, por los gastos originados y, por las obligaciones contraídas en previsión de matrimonio. -2. Igual indemnización será debida, cuando la boda no se produzca por motivo de incapacidad por alguno de los promitentes, si él o sus representantes actuarán con dolo» Trad.: Artigo 1.594 (Indemnizações). «-1. Se algum dos contraentes romper a promessa sem justo motivo ou, por culpa sua, der lugar a que o

De lo anterior, se suscita la cuestión de si los daños morales podrían tener o no cabida dentro del ámbito de aplicación del artículo 1.902 del Código civil. En este sentido, no han faltado autores<sup>926</sup> que entienden que en principio no hay razón para excluirlos *«a priori»* del ámbito de aplicación del mencionado precepto.

Así, GARCÍA CANTERO sostiene que «ello no es óbice para que tal ruptura de la promesa de matrimonio, de modo indirecto, pueda integrar el supuesto de hecho de otras normas dándose así origen a aquélla consecuencia jurídica»<sup>927</sup>. Además, añade que «el adverbio «sólo» que produce la obligación que ahora refuerza el carácter limitativo de la obligación de reembolso no puede significar la exclusión de la responsabilidad penal -y civil subsiguiente- en el caso de que los hechos constituyan un delito de estupro. Tampoco que tales hechos, aún sin integrar el supuesto en el artículo 43, o al margen de ello, configuren un supuesto de enriquecimiento injusto»<sup>928</sup>.

En virtud de lo dicho, conviene precisar que distinto es que únicamente deban ser resarcidos aquellos daños que se puedan imputar a

---

outro se retracte, deve indemnizar o esposado inocente, bem como os pais deste ou terceiros que tenham agido em nome dos pais, quer das despesas feitas, quer das obrigações contraídas na previsão do casamento. -2. Igual indemnização é devida, quando o casamento não se realize por motivo de incapacidade de algum dos contraentes, se ele ou os seus representantes houverem procedido com dolo» (Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro (Código Civil), p. 203).

<sup>926</sup> *Vid.*, entre otros, PUIG BRUTAU, *Fundamento de Derecho...*, 1982, *op. cit.*, p. 23; GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> Paz: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996», *CCJC*, n. 43, enero-marzo 1997, pp. 408 y ss.; BUSTO LAGO, *op. cit.*, pp. 264-265; CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de Familia. Casos, reglas, argumentos*. Un manual para estudiantes de toda condición, Dilex, Madrid, 2006, p. 505.

<sup>927</sup> «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 42.

<sup>928</sup> *El vínculo del matrimonio...*, *op. cit.*, pp. 85 y ss. En idéntico sentido, LUNA SERRANO, dice que «la acción de reclamación nacida del artículo 43 del Código civil no es incompatible de la que configura el artículo 1.902, ya que ésta se refiere a todos los daños y perjuicios, tanto patrimoniales como morales, que puede causar a la otra parte la ruptura del matrimonio. De acuerdo con la propia naturaleza de la misma, el ejercicio de la acción de reclamación basada en el artículo 1.902 obliga a probar el comportamiento culposo y ya no sólo injustificado del que rompió la promesa» (*op. cit.*, pp. 56 y 57) y, *vid.*, SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 39.



un comportamiento culpable. Este sería, por ejemplo, el caso en el que el promitente espera hasta el último momento para manifestar a la otra parte su negativa a la celebración del matrimonio, realizándolo ante todos los comensales.

En este caso, sin duda el promitente abandonado -ante todos los invitados- podría ser susceptible de un menoscabo, de un daño moral, que podría afectar a su honra y dignidad como persona, al verse expuesto a la humillación pública, derivada y agravada, si a lo anterior se añade que el verdadero motivo de la ruptura de la promesa, tuvo su origen en el vínculo sentimental que mantenía desde hace tiempo con una tercera persona el promitente que rompe y se niega a cumplir la promesa dada, maxime si dicho hecho con posterioridad se hace público<sup>929</sup>.

En este caso, resulta innegable que la negativa al cumplimiento de la promesa realizada por el promitente se encuentra incluida dentro del principio de libertad matrimonial que rige en nuestro Ordenamiento, de forma tal, que el promitente abandonado y en su caso humillado, únicamente podrá obtener el reembolso de los gastos realizados y obligaciones contraídas que prevé el artículo 43 del Código civil, así como aquellos otros daños que le permita ejercer la acción del enriquecimiento sin causa.

Sin embargo, aunque el principio a seguir es el de no considerar resarcible el daño moral derivado por el sólo hecho de la frustración del proyecto matrimonial, debido a que el hecho de no contraer matrimonio no es un comportamiento culpable, lo cierto es que aún a pesar de la inexistencia de una causa sería para incumplir la promesa de matrimonio, dicho comportamiento sí podría ser culpable si la promesa se hubiese realizado a sabiendas de que ésta no se llegaría a cumplir.

Por tanto, y con la finalidad de obtener la integra reparación de los daños originados por el promitente abandonado, y en particular el daño moral, lógico sería ampararse en lo previsto por el artículo 1902 del Código

---

<sup>929</sup> *Vid.*, en este sentido, las argumentaciones de VARGAS ARAVENA, *op. cit.*, p. 62.

civil, debiendo probarse que la promesa no cumplió con los requisitos de validez necesarios, al encontrarse carente de la certeza y seriedad que ésta requiere. Así, VARGAS ARAVENA, acertadamente, dice que «la “certeza” que el precepto requiere, no sólo dice relación con que realmente exista certidumbre de haberse realizado la promesa de matrimonio, sino que también comprende la “cierta”, “seria”, voluntad real de parte de los prometidos, la intención verdadera de que realizarán todo lo necesario para materializar el matrimonio proyectado, voluntad que, por lo menos, debe concurrir en el momento que se realiza la propuesta y la aceptación de los respectivos esponsales»<sup>930</sup>.

En suma, será de aplicación el artículo 1.902 del Código civil, cuando si de la ruptura de la promesa de matrimonio unida a otras circunstancias, se originasen otros daños distintos susceptibles de indemnización. Adicionalmente, en los supuestos de daños morales, se deberán examinar las circunstancias acaecidas en cada caso concreto, recurriéndose al artículo 1.902 del Código civil para obtener la íntegra reparación, siempre que se pruebe además de la culpa del promitente incumplidor la existencia de los daños causados.

En definitiva, si las condiciones del caso concreto permiten probar la culpa del promitente incumplidor de la promesa de matrimonio, será de aplicación en caso de resarcimiento de daños morales lo preceptuado por el artículo 1.902 del Código civil, conforme a la inexistencia de los requisitos que debe presentar la promesa -certeza y seriedad- para que sea válida y, a la contradicción que se evidencia en el promitente conforme a su disconformidad entre la voluntad pronunciada y su verdadera intención – intención concretada en zafarse del cumplimiento de la promesa dada-. De modo que en estos supuestos procederá lo preceptuado por el artículo 1.902 y no lo establecido por el artículo 43 del Código civil, precepto último que tendrá cabida únicamente cuando las circunstancias del caso concreto no

---

<sup>930</sup> *Ibíd.*

permitan probar la culpa del promitente incumplidor y los demás requisitos previstos por el artículo 1.902.

## II. EL RESARCIMIENTO DE DAÑOS: FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN RESARCITORIA

En la actualidad, la doctrina mayoritaria<sup>931</sup> sostiene que la obligación de «resarcir» derivada de la ruptura «sin causa» de la promesa de matrimonio a que alude el párrafo primero del artículo 43 del Código civil –al igual que otros Códigos europeos<sup>932</sup>– no debe ser entendida como sinónimo de una obligación de indemnizar daños y perjuicios por aplicación de las normas de responsabilidad contractual o extracontractual, debido a que la promesa de matrimonio ni contiene obligación alguna ante el derecho, ni es constitutiva de negocio jurídico exigible que permita entender que el efecto excepcional que prevé para el supuesto de ruptura «sin causa» sea resultado de la tutela del Derecho de daños en general<sup>933</sup>.

En definitiva, el incumplimiento «sin causa» de la promesa de matrimonio, no deber ser considerado como un hecho ilícito imputable a la parte que se retracta, ya que no se trata de una indemnización en sentido técnico, puesto que ni hay culpa ni daños, debido a que se habla de «gastos». Por el contrario, se debe considerar como hecho lícito, no antijurídico, que el ordenamiento permite, fundado en el ejercicio del principio de libertad de matrimonio. Principio que elimina de toda sospecha la ilicitud del incumplimiento de la promesa, sin embargo, esta ausencia de causa en el comportamiento de una de las partes, obliga a reembolsar -a la otra parte- unos limitados gastos y obligaciones contraídos a causa del proyectado matrimonio, debido a que estos conceptos tienen la consideración de daños

---

<sup>931</sup> Por el contrario, DE COSSIO Y CORRAL, Antonio (en *Instituciones de Derecho civil español. II. Derechos Reales. Derecho de familia y sucesiones*, ed. Alianza Editorial, Madrid, 1975, p. 732) sostiene que «la lectura del párrafo segundo del artículo 44 citado, nos hace pensar más bien en un caso de responsabilidad aquiliana, si bien de contenido extraordinariamente limitado».

<sup>932</sup> En similares términos, se pronuncia el legislador italiano en el párrafo primero del artículo 81 del Código civil italiano y el alemán en el parágrafo 1.298. 1 del BGB.

<sup>933</sup> *Vid.*, VARGAS ARAVENA, *op. cit.*, p. 40.

lícitos al patrimonio de la parte que los ha desembolsado o contraído como consecuencia de la celebración del futuro matrimonio<sup>934</sup>.

Por ello, el término impropriamente calificado en el artículo 43 del Código civil como «resarcir [...] los gastos», debe ser comprendido como sinónimo de «reembolso» de unos determinados gastos<sup>935</sup>. Reembolso fundado en un «empobrecimiento jurídicamente repercutible en persona diferente de quien lo sufre, desplazamiento que se justifica en que se ha sufrido por su causa»<sup>936</sup>.

Por cuanto a la ubicación de la naturaleza de la promesa de matrimonio en el ámbito de la confianza<sup>937</sup>, precisar que ha planteado en doctrina y jurisprudencia la cuestión sobre la apreciación técnica de la potencial defraudación ulterior de la confianza.

En este sentido, algunos autores<sup>938</sup> han tratado de explicar las consecuencias patrimoniales subsiguientes al incumplimiento sin causa de la promesa de matrimonio mediante el recurso a la «culpa in contrahendo».

Así, DE VERDA Y BEAMONTE entiende que «a través de la negativa a cumplir la promesa, el promitente impide la perfección del negocio matrimonial, por lo que provoca un daño «in contrahendo» del que debe

---

<sup>934</sup> *Vid.*, CARRIÓN OLMOS, «Promesa de matrimonio...», *op. cit.*, p. 128.

<sup>935</sup> *Vid.*, VARGAS ARAVENA, *op. cit.*, p. 40.

<sup>936</sup> BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1984, *op. cit.*, p. 112.

<sup>937</sup> Así, DELGADO ECHEVERRÍA sostiene que «precisamente en el terreno de la responsabilidad por defraudación de la confianza razonablemente depositada en que se mantendrá determinada conducta puede situarse la norma que se estudia» («Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 49). *Vid.*, en el mismo sentido, entre otros, DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho...*, 1989, *op. cit.*, p. 64; REINA y MARTINELL, *op. cit.*, p. 265.

<sup>938</sup> *Vid.*, entre otros, COVIELLO, Nicola: *Dei contratti preliminari nel Diritto moderno italiano*, 1896, publicado después como «Contratto preliminare», en *Enciclopedia giuridica italiana*, T. III, parte 3.<sup>a</sup>, Secc. 2.<sup>a</sup>, pp. 77 y ss.; DE CUPIS, Adriano: *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducido de la segunda edición italiana por Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN, Bosch, Barcelona, 1975, p. 436, los cuales entienden que nos encontramos ante un concreto supuesto de «culpa in contrahendo».

responder ante el promisorio»<sup>939</sup>. De modo que «la obligación resarcitoria del artículo 43 del Código civil se debe explicar mediante el recurso a la <culpa in contrahendo>, es decir, desde la consideración de que quien sin justa causa incumple una promesa cierta de matrimonio defrauda la confianza que su declaración había suscitado en el destinatario»<sup>940</sup> y, en consecuencia, «el promitente responde por la legítima confianza que la promesa de matrimonio ha creado sobre la inminente celebración del matrimonio y no por haber violado la promesa»<sup>941</sup>.

Sin embargo, situar estas consecuencias en el ámbito de la defraudación de la confianza no debería llevar de modo necesario a calificar el supuesto de <culpa in contrahendo>, debido a que no lo es en puridad<sup>942</sup>.

En síntesis, quien realiza una promesa de matrimonio, no queda – necesariamente- obligado a celebrar el futuro matrimonio prometido. Por otra parte, con el incumplimiento de la promesa, se ejercita la libertad de matrimonio, sin que por ello se derive responsabilidad alguna. No obstante, el Derecho advierte que quien recibe la promesa puede confiar en que no dejará de ser mantenida sin causa y, en que no se incumplirá de forma arbitraria.

Para DELGADO ECHEVERRÍA la promesa de matrimonio «teje fácticamente unos lazos entre dos personas que implican con cierta intimidad e indudable cercanía sus intereses personales y patrimoniales, por lo que esta relación fáctica de proximidad es valorada por el Derecho para exigir de quienes se encuentran en dicha situación un comportamiento especialmente diligente y cuidadoso de los intereses ajenos, precisamente

---

<sup>939</sup> «Consecuencias económicas..., *op. cit.*, p. 26.

<sup>940</sup> *El error en el matrimonio*. Prologo de Francesco GALGANO, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1977, p. 376.

<sup>941</sup> «Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubii*, (a propósito del Auto del Tribunal Constitucional 222/1994)», en *RDPriv*, Edersa, Madrid, 1998, p. 700 y, *vid.*, ALONSO PÉREZ, Mariano: «La responsabilidad precontractual», *RCDI*, 1971, p. 877.

<sup>942</sup> *Vid.*, CARRIÓN OLMOS, «Promesa de matrimonio..., *op. cit.*, p. 127.

por estar colocados de hecho en tal proximidad que son más fácilmente lesionables por su conducta»<sup>943</sup>.

Por tanto, si uno de los promitentes incurriera en gastos que no habría realizado de no haber confiado en que el matrimonio se realizaría y esta confianza –legítima- es defraudada de forma desconsiderada por el otro promitente, el Derecho sí imputa a quien defraudó la confianza la indemnización de los gastos, por lo que existe un elemento de ilicitud. Elemento que no reside en la negativa a celebrar el matrimonio, sino en hacer inútiles y dañosas unas expensas que el promitente únicamente realizó porque confiaba en que la promesa no sería rota de forma arbitraria.

En este sentido, CANARIS<sup>944</sup> sostiene que, sin ser éste propiamente un caso de <culpa in contrahendo>, debido a que no son idénticos sus presupuestos, uno y otro responden al mismo principio de responsabilidad por la confianza defraudada.

También BADOSA COLL, sin hacer en ningún momento referencia alguna a la <culpa in contrahendo> entiende que «el reconocimiento de su valor social se centra en la cuestión de la confianza generable, la cual se eleva a la categoría jurídica de expectativa jurídicamente protegida»<sup>945</sup>.

Para este autor la ineficacia negocial de la promesa de matrimonio impide que tal protección se pueda realizar por la vía de la exigibilidad del cumplimiento de la promesa -como derecho subjetivo- o, por la de la obligación de la indemnización de daños, debido a que ésta es una obligación secundaria que nace de la infracción de una obligación principal, inexistente por definición. Por tanto, no duda de que: «Privada de la primera de las dos protecciones enumeradas, la protección de la expectativa matrimonial, sólo

---

<sup>943</sup> «Comentarios a los artículos..., *op. cit.*, p. 49 y, añade que «precisamente en el terreno de la responsabilidad por defraudación de la confianza razonablemente depositada en que se mantendrá determinada conducta puede situarse la norma que comentamos».

<sup>944</sup> *Op. cit.*, p. 2. Punto de vista mantenido por DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos..., *op. cit.*, p. 49.

<sup>945</sup> «Comentarios a los artículos..., 1984, *op. cit.*, p. 111.

puede ser operativa en el supuesto de frustración de la confianza. Privada de la segunda, quedaría todavía la posibilidad de una indemnización por daños extracontractuales<sup>946</sup>. Con todo, a esta vía se opone el principio de la revocabilidad de los sponsales que convierte su revocación en un acto lícito»<sup>947</sup>.

De modo que la «protección de la expectativa, centrada en la frustración de la confianza, de una parte, y excluida de la otra toda vía indemnizatoria, sólo se puede lograr por la del derecho al «reembolso de gastos», impropriamente calificado en el artículo 43 del Código civil como «resarcir [...] los gastos», con el consiguiente confusionismo entre reembolso e indemnización»<sup>948</sup>, por lo que no se trata de una indemnización en sentido técnico, ya que «no hay ilicitud, puesto que ni hay culpa ni daños, debido a que se habla de «gastos»», pero lo que sí hay es un «pasivo generado a una persona por una finalidad que interesa a otra le debe ser compensado por ésta -en cuanto- causante con su negativa a contraer matrimonio de la inutilidad de los gastos para quien los ha realizado»<sup>949</sup>.

En este sentido, la doctrina reciente sostiene que éste es el criterio para desplazar el gasto al legitimado pasivo de la acción, de modo que las consecuencias del incumplimiento sin causa de la promesa de matrimonio parecen venir determinadas por la del negocio que se promete y, por tanto, será la tutela de la libertad de matrimonio la que eliminará de toda sospecha la ilicitud del incumplimiento de la promesa y, en consecuencia, si no hay ilicitud en el incumplimiento, el encaje de sus consecuencias será aquellas otras que subsiguen a actos o comportamientos respecto de los que no cabe

---

<sup>946</sup> Cfr., artículo 1.902 del Código civil.

<sup>947</sup> BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos..., 1984, *op. cit.*, p. 111.

<sup>948</sup> BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos..., 1984, *op. cit.*, p. 112, además, añade que «mientras que la indemnización se apoya en la ilicitud del acto, el reembolso se funda en un empobrecimiento que se justifica en que se ha sufrido por interés de aquélla o por su causa». Esta última sería precisamente la justificación propia del artículo 43 Código civil.

<sup>949</sup> *Ibídem.*

aplicarles reproche alguno y no las patrimoniales subsiguientes a un comportamiento ilícito<sup>950</sup>.

En definitiva, el fundamento de la obligación resarcitoria del artículo 43 del Código civil se debe situar en el empobrecimiento injusto, definido como el que es repercutible en persona diferente de quien lo sufre. Por otra parte, de los artículos 1.729<sup>951</sup> y 1.893. 1<sup>952</sup> del Código civil se desprende que la obligación resarcitoria del precepto desempeña en materia matrimonial un papel análogo al que desempeñan dichos artículos.

Asimismo, esta injusticia del empobrecimiento se fundamenta en que ha sido asumido por el promitente destinatario de la promesa en consideración del matrimonio proyectado. Constatación última sobre la que también se ha pronunciado la jurisprudencia menor.

Así se desprende de la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 24 de octubre de 1994*, conforme a la cual: «El último precepto citado contempla a los esponsales como fuente de una expectativa protegida por la Ley, no a través del derecho de crédito, negado en el artículo 42, ni mediante la indemnización de daños, porque su infracción es un acto lícito, sino mediante la vía del empobrecimiento injusto y la obligación de repararlo. Siendo el fundamento de la obligación del artículo 43 del Código civil, como anteriormente se apuntaba, el empobrecimiento injusto, la indemnización que dicho precepto concede, comprende tanto los gastos hechos en consideración al matrimonio prometido, entendiendo por tales aquéllas que se encuentran en inmediata y directa relación con el matrimonio proyectado, como las obligaciones contraídas en consideración al mismo»<sup>953</sup>.

---

<sup>950</sup> *Vid.*, CARRIÓN OLMOS, «Promesa de matrimonio...», *op. cit.*, p. 128.

<sup>951</sup> Cfr., artículo 1.729 del Código civil.

<sup>952</sup> Cfr., artículo 1.893. 1 del Código civil.

<sup>953</sup> [AC, 1994/2380] y, *vid.*, en los mismos términos, la SAP de de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 3 de mayo de 2005 [La Ley, 2005/97741].



En similar sentido, en la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 10 Marzo de 1999*, la doctrina señala que «la finalidad del precepto no es sino la compensación por el empobrecimiento sufrido por quien ve frustradas la esperanzas surgidas de la promesa quebrantada, a consecuencia de la realización de gastos o la asunción de obligaciones que se presentan inútiles sin la celebración del matrimonio, a semejanza con lo que ocurre en los artículos 1.729 y 1.893 del Código civil»<sup>954</sup>.

Por su parte, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 3.ª, de 15 de Noviembre de 2000*, aclara respecto de los requisitos exigidos para la aplicación del enriquecimiento injusto, que «en cuanto al empobrecimiento invocado, el mismo no puede ser canalizado por la figura del enriquecimiento injusto, pues indudablemente, en el supuesto de autos, no concurren los requisitos que para la aplicación de esta figura jurídica viene exigiendo la jurisprudencia, entre otras, en las *Sentencias del Tribunal Supremo, de 12 de junio 1994 y de 14 de diciembre 1994*». En esta última el Alto Tribunal declaró que «[...] la estimación o desestimación de la expresa acción depende exclusivamente de la concurrencia o no de los requisitos que condicionan la virtualidad de la misma y ello con plena y total independencia de la conducta dolosa o no del supuestamente enriquecido, ya que, por una parte, para la aplicación de la institución del enriquecimiento injusto no es necesario que exista negligencia, mala fe o un acto ilícito por parte del demandado como supuestamente enriquecido, sino que es suficiente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, lo que es compatible con la buena fe (*Sentencias del Tribunal Supremo, de 23 y 31 de marzo 1992 y de 30 de septiembre 1993*, entre otras) y, de otra, la existencia de dolo o mala fe por parte del demandado, que podrá dar lugar a la exigencia de otro tipo de responsabilidades, no basta, por sí sola, para dar vida a la figura del enriquecimiento sin causa, si no concurren todos los requisitos que condicionan su existencia»<sup>955</sup>.

---

<sup>954</sup> [La Ley, 1999/8490].

<sup>955</sup> [La Ley, 2000/207994].

En síntesis, tanto esta Sentencia como la primeramente citada, reiteran que la figura del enriquecimiento injusto exige para su aplicación que el empobrecimiento del actor vaya acompañado de un correlativo e injustificado aumento del patrimonio del demandado, requisitos que en el caso de autos no concurren.

Por cuanto a la responsabilidad de la indemnización del empobrecimiento de la parte defraudada se refiere, en particular, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, de 3 de abril de 2000* sostiene que «aunque la Ley no obligara al cumplimiento de la promesa, hace responsable a quien la rompe sin justa causa. Es el empobrecimiento injusto y la correspondiente obligación de repararlo lo que protege el precepto invocado»<sup>956</sup>.

### III. EXTINCIÓN DE LA PROMESA DE MATRIMONIO: CAUSAS

Por cuanto atañe a las causas que extinguen la promesa de matrimonio, conviene precisar que la doctrina mayoritaria<sup>957</sup>, entiende que aunque el Código civil no enumera ninguna causa, lo cierto es que de los preceptos que regulan la promesa se puede deducir que ésta se extingue – sin necesidad de reembolso- en los supuestos siguientes: por la celebración del matrimonio; por el mutuo disenso; por imposibilidad sobrevenida de cumplimiento y, por la ruptura unilateral siempre que exista causa.

La primera de las causas que comporta la extinción de la promesa de matrimonio, se concreta en la conclusión del matrimonio entre los promitentes, es decir, el cumplimiento del compromiso contraído por aquéllos. Sin embargo, téngase presente que no estando jurídicamente obligado a ello ninguno de los promitentes no se debe ver en tal

---

<sup>956</sup> [AC, 2000/4476].

<sup>957</sup> *Vid.*, entre otros, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español...*, 1987, *op. cit.*, pp. 170-171; LACRUZ BERDEJO y ALBALADEJO GARCÍA, *op. cit.*, p. 53; MARTÍN GRANIZO y ALBACAR LÓPEZ, *op. cit.*, p. 3; PUIG BRUTAU, *Fundamento de Derecho...*, 1967, *op. cit.*, p. 56; GARCÍA CANTERO, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 38; DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ y HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 101; PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 57.

cumplimiento una infracción de la libertad de matrimonio. Además, si el matrimonio contraído resultase nulo por defecto de forma o vicio del consentimiento, se estará ante una ruptura unilateral por parte del promitente que rehúse reiterar la celebración de las nupcias o el consentimiento y, en presencia de un cumplimiento de la promesa<sup>958</sup>.

Otra de las causas que extinguen la promesa de matrimonio se concreta en el mutuo disenso, debido a la naturaleza patrimonial que producen los limitados efectos de ésta. No obstante, el silencio de uno de los prometidos a la comunicación de la ruptura efectuada por el otro no parece que deba tener esta consideración<sup>959</sup>.

Por lo que a la extinción de la promesa de matrimonio por imposibilidad sobrevenida se refiere, conviene puntualizar que, esta causa tiene lugar en el supuesto del fallecimiento de alguno de los promitentes. De forma tal, que si la muerte de una de las partes es debida a la negligencia cometida por la otra, todo apuntará a que el reembolso de gastos deba ser incluido en la indemnización general del artículo 1.902 o, al menos, constituir una de sus partidas<sup>960</sup>. Este sería el caso, por ejemplo, del novio que conduce temerariamente el vehículo en que va su novia, causándole la muerte a ésta o, cuando uno de los promitentes hubiera contraído nupcias con tercera persona e, incluso en el supuesto de incapacidad por problemas mentales<sup>961</sup>.

Finalmente y, por cuanto atañe a la ruptura unilateral de la promesa, conviene matizar que -a diferencia de otros Códigos<sup>962</sup>- esta causa de extinción es, posiblemente, la más típica y única que contempla el legislador, ya que se encuentra contenida de forma implícita en el párrafo primero del artículo 42 del Código civil, al establecer que «la promesa de matrimonio no

---

<sup>958</sup> *Vid.*, GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio...*, *op. cit.*, p. 53; TEDESCHI: *La promessa di...*, *op. cit.*, p. 156.

<sup>959</sup> *Vid.*, GARCÍA CANTERO, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 38.

<sup>960</sup> *Vid.*, *Ibidem.*

<sup>961</sup> *Vid.*, ENNECERUS, KIPP Y WOLF, *op. cit.*, p. 47; QUESADA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 3.

<sup>962</sup> *Cfr.*, artículo 1.594 del Código civil portugués de 1966.

produce obligación de contraerlo [...] para el supuesto de su no celebración», por tanto resulta evidente que en cualquier momento uno de los promitentes podrá declarar al otro su voluntad<sup>963</sup> de no contraer tal compromiso.

#### IV. CUESTIONES PROCESALES EN MATERIA DE PROMESA DE MATRIMONIO

##### 1. LEGITIMACIÓN PASIVA Y ACTIVA

La legitimación pasiva compete al promitente que operó la ruptura o rehusó cumplir la promesa de matrimonio, es decir, que recae, de forma alternativa, bien sobre el prometido que se niega sin causa o, sobre aquel otro que con su propia culpa ha dado causa a la negativa de la contraparte a celebrar el matrimonio<sup>964</sup>.

En este punto, conviene reseñar que no es oportuno aplicar la doctrina<sup>965</sup> sentada en la *Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 1881*. Esta sentencia ventilaba un caso en el que la acción fue dirigida tanto contra la novia como contra el padre de ésta, con la finalidad de obtener una condena indemnizatoria a favor del prometido por los perjuicios sufridos derivados del incumplimiento de la promesa de matrimonio. Perjuicios concretados en el demerito sufrido por su fortuna al convertirla en dinero y, en el importe de los regalos hechos a su prometida<sup>966</sup>. Estimada la demanda por todas sus partes se interpuso por los demandados un recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo, argumentando que

---

<sup>963</sup> Esta declaración de voluntad, será válida y surtirá efectos, cuando adopte cualquiera de las modalidades admitidas en Derecho, amén de ser recepticia, por lo que se deberá poner en conocimiento de la otra parte.

<sup>964</sup> *Vid.*, QUESADA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 3; DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ y HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 103; GARCÍA CANTERO, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 40.

<sup>965</sup> *Vid.*, GARCÍA CANTERO, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 40.

<sup>966</sup> Así los anotadores, sostienen que «este caso se trataba de convenios de contenido más amplio que la simple promesa de matrimonio, en los que intervenían como parte los padres de los contrayentes y podían suscitar, en caso de incumplimiento, litigios en los que aquéllos tenían personalidad» (ENNECCERUS, KIPP Y WOLF, *op. cit.*, p. 50) y, *vid.*, GUBERN SALISACHS, *op. cit.*, p. 23.

al condenar al padre de la prometida se vulneraba la regla de Derecho de la Ley 18, Título 34, Partida VII, conforme a la cual la culpa de uno no debe dañar a otro que no hubiese tenido parte, debido a que el recurrente había contratado con el novio demandante.

En cuanto a la legitimación activa, conforme al precepto<sup>967</sup> corresponderá «a la otra parte», es decir, al promitente que no hubiera roto la promesa de matrimonio, o dicho de otra forma, al futuro promitente víctima del incumplimiento, o a quien la otra parte le niega el matrimonio sin causa<sup>968</sup>. Precepto que presenta un perfecto paralelismo con el artículo 81 del Código civil italiano de 1942.

Otra cuestión de interés, se centra en determinar cuál de los novios es el que realmente ha roto la promesa. Esta cuestión frente a la dificultad que presenta determinar dicho extremo, en la actualidad, ha sido salvada mediante la necesaria intervención de los Tribunales. Intervención cuya finalidad radica en valorar las declaraciones testificales de los familiares y amigos -sobre todo si éstos son comunes a ambas partes-.

Así se desprende de la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, de 3 de abril de 2000*. Sentencia en la que se tuvo en cuenta, la declaración testifical de la psicóloga que atendió a la novia en la depresión sufrida tras la negativa del novio a contraer matrimonio y, en la que la testigo, afirmó que «la decisión de no contraer matrimonio no partió de aquélla, quien ni asumió ni comprendió la cancelación de la boda, sumiéndose en una depresión [...]»<sup>969</sup>.

---

<sup>967</sup> Cfr., artículo 43 del Código civil.

<sup>968</sup> En este sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, sostiene que «el artículo 43 del Código civil concede dicha 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» («Consecuencias económicas...», *op. cit.*, p. 29). *Vid.*, también GARCÍA CANTERO, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 39; REINA Y MARTINELL, *op. cit.*, p. 272; QUESADA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 3; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho...*, 2002, *op. cit.*, p. 64.

<sup>969</sup> [AC, 2000/4476].

Como se ha dicho, también se encontrará legitimado para ejercitar la acción de reembolso el promitente que se vea obligado a romper la promesa de matrimonio y, en consecuencia, a no celebrar el matrimonio prometido por haber dado la otra parte, con su conducta, motivo para ello<sup>970</sup>.

En este sentido, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS<sup>971</sup> –con acierto– sostienen que también gozará de tal legitimación el promitente que rompe su promesa justificadamente y en virtud de causa que sea imputable a la otra parte<sup>972</sup>. Esta solución se encuentra consagrada, tanto por el párrafo segundo del artículo 81<sup>973</sup> del Código civil italiano de 1942, conforme al cual se sujeta a responsabilidad no sólo al promitente que, sin justa causa, se niega a cumplir la promesa de matrimonio, sino también a aquél que, con su propia culpa, ha dado justa causa al otro para negarse a celebrar el matrimonio, como por el § 1.299<sup>974</sup> del Código alemán.

En lo que a esta materia se refiere, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 24 de octubre de 1994*, ya mencionada afirma que «es indiferente que el incumplimiento provenga tanto por la negativa directa a la celebración del matrimonio, como por incidir una de las partes en conducta que motive para la otra apartarse de su celebración». El supuesto

---

<sup>970</sup> *Vid.*, GARCÍA CANTERO, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 39; REINA Y MARTINELL, *op. cit.*, p. 272; DE VERDA Y BEAMONTE, «Consecuencias económicas...», *op. cit.*, p. 29.

<sup>971</sup> *Sistema de Derecho...*, 2002, *op. cit.*, p. 64.

<sup>972</sup> En este sentido, GARCÍA CANTERO, afirma que «posee legitimación activa la parte que ha roto justamente por culpa del otro prometido» (*El vínculo de matrimonio...*, *op. cit.*, p. 56) y, mantiene idéntica opinión, tras la reforma operada por Ley 30/1981, de 7 de julio («Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 39).

<sup>973</sup> «-El mismo resarcimiento es debido por el promitente que con la propia culpa ha dado justo motivo al rechazo del otro» Trad.: «-Lo stesso risarcimento è dovuto dal promittente che con la propria colpa ha dato giusto motivo al rifiuto dell'altro».

<sup>974</sup> «(Resolución por culpa del otro prometido). -Si uno de los prometidos resuelve la promesa de matrimonio por culpa del otro, que constituye un motivo importante para la resolución, éste queda obligado al resarcimiento del daño en los mismos términos dispuestos por el § 1.298, apartados 1 y 2» (LAMARCA, *op. cit.*, p. 319) Trad.: «(Rücktritt aus Verschulden des anderen Teils). Veranlasst ein Verlobter den Rücktritt des anderen durch ein Verschulden, das einen wichtigen Grund für den Rücktritt bildet, so ist er nach Maßgabe des § 1298 Abs. 1, 2 zum Schadensersatz verpflichtet».

litigioso estimó la demanda resarcitoria de la promitente, que había roto la promesa de matrimonio, como consecuencia -como afirmaron los testigos- de los maltratos físicos y psíquicos -daños concretados en insultos y golpes- que le infringía su novio. Éstos afirmaron que «en varias ocasiones vieron llorar a la actora por los insultos que le dirigía su novio»<sup>975</sup>. Esta situación que -indudablemente- tuvo que producir en la actora un escenario de ansiedad y que fue el desencadenante de la ruptura de la promesa, posiblemente, fue resultado de la conducta profesada por su prometido hacía ella, por lo que la causa de dicha ruptura -necesariamente- debe ser considerada como seria y razonable.

Una de las cuestiones más debatidas sobre la legitimación activa ha sido la referida a su alcance. Si bien, esta cuestión se concreta en determinar si la legitimación, de conformidad a la imprecisa redacción del precepto, alcanza únicamente al prometido abandonado o si también se puede ampliar a otras personas -padres o familiares próximos de uno o ambos prometidos- distintas de los prometidos que hubiesen efectuado gastos o contraído obligaciones en consideración al matrimonio proyectado.

En este sentido, la expresión «a la otra parte» podría estar referida exclusivamente al destinatario de la promesa de matrimonio o, en sentido amplio comprender a quien hubiese realizado gastos o asumido obligaciones en consideración al matrimonio prometido. Lo cierto es que el precepto no prohíbe de forma expresa el ejercicio de la acción por persona distinta al promitente, por lo que si se tiene en cuenta que el derecho a obtener tutela judicial es un derecho fundamental, lógico sería extender esta legitimación activa a estas personas, debido a que, frecuentemente, dichos gastos son efectuados por éstas<sup>976</sup>.

Asimismo, en estos supuestos realmente el perjudicado no es el promitente burlado, sino sus padres o, terceros, por lo que cabe la posibilidad de que a éste podría no interesarle el ejercicio de dichas

---

<sup>975</sup> [AC, 1994/2380].

<sup>976</sup> *Vid.*, MARTÍN GRANIZO Y ALBACAR LÓPEZ, *op. cit.*, p. 501.

acciones, lo que originaría un mayor perjuicio en aquéllos –padres, familiares o incluso terceros- que de forma efectiva realizaron los gastos o contrajeron las obligaciones en consideración al matrimonio prometido. Por tanto, su ampliación a terceros –al socaire de la tutela efectiva- podría tener lugar al amparo de las obligaciones solidarias, siendo necesario para ello admitir que el hecho de haber contribuido a los gastos de un futuro matrimonio podría otorgarles –en los supuestos del artículo 43 del Código civil-, la legitimación activa para el ejercicio de las acciones<sup>977</sup>.

En este punto, la doctrina está dividida. En particular, GARCÍA CANTERO<sup>978</sup> -ya influenciado por la redacción del artículo 43 o, por la concepción contractualista- con anterioridad a la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, sostenía que esta legitimación no correspondía ni a los padres –que aún habiendo prestado su asentimiento a los esponsales, ciertamente no habían sido parte en ellos- ni a los parientes, ni a terceras personas que hubiesen constituido la dote<sup>979</sup>. Planteamiento que sigue sosteniendo tras la mencionada reforma, al mantener que la legitimación activa no corresponderá a terceras personas –aunque sean los padres- que hubiesen intervenido efectuando donaciones a favor de los prometidos<sup>980</sup>.

Por el contrario, DELGADO ECHEVERRÍA<sup>981</sup>, haciendo bascular el tema en una cuestión de confianza, dice que el que interpone la acción no debe ser necesariamente el destinatario de la promesa de matrimonio, sino que puede incluir a todos aquéllos que se encuentran con el prometido en

---

<sup>977</sup> *Vid.*, *Ibíd.*.

<sup>978</sup> *El vínculo de matrimonio...*, *op. cit.*, p. 55.

<sup>979</sup> En el mismo sentido, los anotadores afirman que: «el contrato de esponsales se ha celebrado entre los prometidos y en su propio interés, no entre los parientes y en interés de éstos» (ENNECCERUS, KIPP Y WOLF, *op. cit.*, p. 50).

<sup>980</sup> «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 39. En idéntico sentido, *vid.*, BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 144.

<sup>981</sup> «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 57.



estrecha relación a causa de su promesa, por lo que su confianza en que el matrimonio se habrá de celebrar es digna igualmente de protección<sup>982</sup>.

En este último encuadramiento se mueve tanto la legislación portuguesa<sup>983</sup>, como la alemana<sup>984</sup>. Legislaciones ambas en las que se hace alusión a los padres y a quienes actúen en nombre o lugar de éstos para solicitar el reembolso de los gastos incurridos u obligaciones contraídas a causa del matrimonio proyectado, evitando con ello que éstos tengan que recurrir al ejercicio de acciones genéricas como sería la acción de enriquecimiento<sup>985</sup> sin causa y sus especiales requisitos.

Por otra parte, en los supuestos de menores emancipados por haber contraído anteriormente matrimonio -ya disuelto con dispensa de edad a partir de los catorce años de edad- se plantea quién ostenta la legitimación activa. Cuestión, en la que al tratarse de un menor emancipado por matrimonio, el derecho al reembolso de los «gastos hechos» y «obligaciones contraídas», tampoco será extensible a los padres o tutor del menor, ostentándolo únicamente aquél<sup>986</sup>.

Asimismo, se plantea qué sucede con aquellos terceros que, producto de la ruptura, han resultado perjudicados en su patrimonio al ser ellos quienes han realizado los gastos o asumido las obligaciones por el matrimonio proyectado o, por el contrario, si han resultado beneficiados con los gastos u obligaciones contraídas por uno de los esposos, y no pueden

---

<sup>982</sup> Desde el punto de vista de la doctrina italiana, entre otros, FINOCCHIARO, F, sostiene esta misma opinión, aunque matiza que «la doctrina, en general, es contraria, y que la jurisprudencia de su país se mantiene dividida» («Del matrimonio...», *op. cit.*, pp. 176-179) y, *vid.*, TATARANO, Giuseppe: «Rapporti da promessa di matrimonio e dovere di correttezza», in *Riv. dir. civ.*, fondata da Walter BIBIAMI, diretta da Alberto TRABUCCHI, Cedam, Padova, 1979, p. 676.

<sup>983</sup> Cfr., artículo 1.594 del Código civil portugués de 1966.

<sup>984</sup> Cfr., párrafo 1.298 del BGB.

<sup>985</sup> Esta acción también se encuentra regulada en el párrafo 812 del BGB.

<sup>986</sup> *Vid.*, DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ y HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 103.

invocar ni a favor ni en contra los efectos previstos por el artículo 43 del Código civil<sup>987</sup>.

SANCHO REBULLIDA<sup>988</sup> salva esta cuestión al apoyarse en la acción del enriquecimiento sin causa, en la medida que la ruptura, al ser una manifestación del principio de libertad matrimonial exenta de culpa, por regla general, no permite invocar la tutela aquiliana<sup>989</sup>. Asimismo, se ampara en la *Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 1958*, en la que con el desistimiento de la promesa de matrimonio, desapareció el fundamento que había motivado la construcción de unas determinadas obras en la casa del padre de la novia, costeadas por el novio demandante, permitiendo acoger la acción de enriquecimiento sin causa en contra del padre de la novia –propietario el inmueble–, puesto que en la especie concurrían todos los requisitos que la jurisprudencia establece como necesarios para ello: enriquecimiento patrimonial del demandado –positivo o negativo–; empobrecimiento del actor; relación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento y, la inexistencia de causa justa del enriquecimiento patrimonial<sup>990</sup>.

Por ello, el Tribunal Supremo resolvió que «al romperse las relaciones prematrimoniales –esponsales–, desapareciendo así la razón de ser de dichas obras, surge el enriquecimiento para el demandado al incorporar a su patrimonio la obra realizada por el actor de buena fe, la que no puede ponerse en duda dado el motivo de las mismas, también existe un empobrecimiento del demandante, porque al no haber percibido el importe de la obra y materiales incorporados a la misma, sufre una disminución de su patrimonio; y hay un nexo causal entre dicho enriquecimiento y empobrecimiento, pues conformes los litigantes en que las obras las costeó

---

<sup>987</sup> *Vid.*, VARGAS ARAVENA, *op. cit.*, p. 74.

<sup>988</sup> *Op. cit.*, p. 39.

<sup>989</sup> *Vid.*, de la misma opinión, LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil*, 1990, *op. cit.*, p. 100.

<sup>990</sup> *Vid.*, en idéntico sentido, entre otras, SSTTSS, de 6 de junio de 1931 [R], 1931/2067] y, de 2 de febrero de 1957 [R], 1957/380].

el actor con consentimiento explícito del demandado y con vista a la boa concertada, al no celebrarse ésta quedan como mejora de la finca, por lo que al apropiarse de ellas el recurrente, con el aumento de valor que ha tenido el edificio, traspasan los linderos de la equidad y de la buena fe con daño para el actor, por lo que, concurriendo los requisitos necesarios para la procedencia de la acción de enriquecimiento ejercitada, es obligada su estimación»<sup>991</sup>.

Alternativa distinta es la que se sustancia por la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 20 de marzo de 2006*, al establecer que «si los gastos u obligaciones no los ha hecho la parte sino un tercero, no podrá acogerse a esta norma, sino que deberá acudir a la obligación de indemnizar que contempla el art. 1902 del Código civil»<sup>992</sup>, al encontrarse éste excluido del ámbito del artículo 43.

En definitiva, la legislación española -a diferencia de otras- no contempla la posibilidad de que personas distintas de los promitentes ostenten la legitimación activa para ejercitar la acción de reembolso de los «gastos hechos» u «obligaciones contraídas» en consideración al matrimonio proyectado, lo que resulta ilógico, debido a que en la mayoría de los casos éstos son realizados por los padres o parientes más próximos. Sin embargo, esto no es óbice para que éstos sujetos -padres, familiares o, terceros- que no son titulares de una posición jurídica equiparable al prometido abandonado [artículo 43 del Código civil] y que hubiesen desembolsado sumas económicas de forma voluntaria, no puedan actuar, ya que podrán hacer valer la ineficacia de las donaciones efectuadas a los promitentes por razón del matrimonio prometido y no celebrado por la vía del artículo 1.342<sup>993</sup> del Código civil.

Asimismo, en caso de que el tercero resulte perjudicado por la ruptura sin causa de uno de los prometidos podrá exigir los perjuicios fundándose

---

<sup>991</sup> [R], 1958/1456].

<sup>992</sup> [R], 2006/241399].

<sup>993</sup> Cfr., artículo 1.342 del Código civil.

en la obligación de indemnizar nacida de acto ilícito<sup>994</sup>, cuando pruebe la culpa o negligencia del esposo demandado o, incluso, en segunda instancia podrá acudir a la acción de enriquecimiento cuando se den los requisitos a los que la jurisprudencia subordina su ejercicio<sup>995</sup>. Y en caso de darse la situación inversa, es decir, cuando sea el esposo víctima de la ruptura quien hubiese realizado los gastos o contraído las obligaciones y el tercero hubiese resultado beneficiado, el primero también podrá ampararse en el orden de prelación mencionado y en las mismas acciones citadas.

## 2. PLAZO DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

El párrafo segundo del derogado artículo 44 del Código civil de 1889, disponía que «la acción para pedir el resarcimiento de gestión a que se refiere el párrafo anterior sólo podrá ejercitarse dentro de un año, contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio». Este precepto hasta la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, fue objeto de numerosas controversias doctrinales, en las que se debatía si el carácter del plazo de un año al que aludía el precepto, era de prescripción o de caducidad.

Para GARCÍA CANTERO<sup>996</sup> se trataba de un plazo de caducidad y no de prescripción, debido a que la forma en que se expresaba el legislador era similar a la utilizada en otros preceptos, así, por ejemplo, el párrafo primero del artículo 1.524<sup>997</sup> del Código civil, indica que el plazo es de caducidad y no de prescripción.

---

<sup>994</sup> Cfr., artículo 1.902 del Código civil.

<sup>995</sup> *Vid.*, en este sentido, SAP de Huelva, de 14 de enero de 1998 [AC, 1998/2720].

<sup>996</sup> *El vínculo de matrimonio...*, *op. cit.*, p. 60.

<sup>997</sup> Los términos del precepto son los siguientes: «-No podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de nueve días contados desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta. -El retracto de comuneros excluye el de colindantes». Párrafo del que se desprende que el plazo es de caducidad y que comienza a computarse a partir del momento en que el retrayente tiene conocimiento exacto de la venta, no siendo suficiente una mera referencia imprecisa.

En este sentido, LUNA SERRANO<sup>998</sup> ponía de manifiesto que la acción de reclamación se debía sustanciar dentro del año siguiente a la fecha de la ruptura, siendo en la precedente disciplina este plazo de caducidad y no de prescripción, conforme a la redacción del derogado precepto<sup>999</sup>.

Por su parte, y aún a pesar de la falta de inexactitud que presenta el artículo 81 del Código civil italiano de 1942, también la doctrina italiana se pronunciaba de forma unánime al calificar este plazo de caducidad<sup>1000</sup> y no de prescripción. Tendencia que sigue vigente en la actualidad. Asimismo, tanto el legislador alemán, como el suizo se pronunciaban a tal respecto, pero a diferencia del caso español, en su parágrafo 1.302<sup>1001</sup> y en su artículo 93<sup>1002</sup>, respectivamente, hacen referencia de forma expresa a la prescripción, siendo extendida por el primero a dos años.

---

<sup>998</sup> *Op. cit.*, p. 56.

<sup>999</sup> Por el contrario, influenciado por la doctrina alemana ORTEGA PARDO, consideraba el plazo de prescripción (*vid., op. cit.*, p. 630).

<sup>1000</sup> Así, entre otros, *vid.*, TATARANO, Giuseppe: «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, p. 659 y, «La Promessa di Matrimonio», nel *Trattato di diritto privato*, diretto da Pietro RESCIGNO, Vol. II, *Persone e Famiglie*, T. I, UTET Giuridica, Torino, 1982, p. 532; GANGI, Calogero: *Il matrimonio*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1969, ristampa inalterata della terza edizione riveduta e ampliata, p. 62; FINOCCHIARO, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 180; AUTORINO STANZIONE, Gabriela: «Della Promessa di Matrimonio», in *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Pietro PERLINGIERI, Libro I, *Delle persone e della famiglia*, Artt. 1-455, Zanichelli editore, 1994, p. 470; JEMOLO, Arturo Carlo: *Il matrimonio*, Torino, 1950, p. 67, donde plasma las diferencias existentes entre prescripción y caducidad; SANTORO-PASSARELLI, Francesco: *Doctrina Generali del Diritto Civili*, Ristampa della nona edizione, Casa Editoriale Dott, Eugenio Jovene S.N.C., Napoli, 1957, pp. 104 y ss.; DEGNI, Francesco: *Del Matrimonio*, I, Torino, 1926, p. 41 e, *Il diritto di famiglia...*, *op. cit.*, p. 41; NOVARA, Gianpaolo: *La promessa di matrimonio*, Genova, 1950, p. 93; BIANCA, Massimo: *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2001, 3.ª ed., riveduta e aggiornata, Nt. 3, p. 48; FEOLA, Dominique: «La promessa di matrimonio», in *Il Diritto di Famiglia*, I, *Famiglia e Matrimonio*, trattato diretto da Giovanni BONILINI e Giovanni CATTANEO, UTET Giuridica, Torino, 2006, 4.ª ed., p. 91; SANTOSUOSSO, Fernando: «Il matrimonio», in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da Walker BIGIAMI, UTET Giuridica, Torino, 1989, 3.ª ed., p. 19; AZZARITI, Francesco; MARTINEZ, Giovanni e AZZARITI, Giuseppe: *Diritto civile italiano*, I, Padova, 1948, p. 420.

<sup>1001</sup> «-Las pretensiones determinadas en los §§ 1.298 a 1.301 prescriben a los dos años de la ruptura de los esponsales» (LAMARCA, *op. cit.*, p. 320) Trad.: «-Die Verjährungsfrist der in den §§ 1298 bis 1301 bestimmten Ansprüche beginnt mit der Auflösung des Verlöbnisses».

<sup>1002</sup> «-actions découlant des fiançailles se prescrivent par un an à compter de la rupture».

Por su parte, y por lo que atañe a la doctrina partidaria en calificar este plazo de prescripción, conviene precisar que se apoyaba en que la prescripción era la regla en las acciones de resarcimiento. Hecho que posiblemente fue el que originó que éste fuera el régimen mayoritariamente defendido<sup>1003</sup>, a pesar de que los términos del derogado precepto evocaban claramente a la caducidad.

En la actualidad, con la redacción del artículo 43<sup>1004</sup> del Código civil, el legislador ha puesto fin a dichas controversias, debido a que el precepto contiene un pronunciamiento expreso de caducidad, por lo que no le serán de aplicación, ni las normas sobre interrupción legal, ni las de suspensión de la prescripción y, por tanto, el acto de conciliación no interrumpirá la acción, sino que su interrupción será consecuencia de la presentación de la demanda<sup>1005</sup>.

En síntesis, con la introducción por el legislador del término «la acción caducará», se consigue una mayor precisión técnica que con el genérico «sólo podrá ejercitarse». Término que contenía el párrafo segundo del derogado artículo 44 del Código civil de 1889.

Con todo, se ha de reseñar que no reina un completo consenso, así un sector doctrinal es partidario de que la verdadera naturaleza del plazo establecido debería ser la prescripción, como cualquier otra acción

---

<sup>1003</sup> *Vid.*, ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 478; DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 58.

<sup>1004</sup> Cfr., artículo 43 del Código civil.

<sup>1005</sup> En el mismo sentido, LASARTE ÁLVAREZ, entiende que esta imposibilidad de interrupción es conforme con la relativa relevancia jurídica de los esponsales no seguidos de la celebración de matrimonio (*vid.*, *Principios de Derecho...*, 2009, *op. cit.*, p. 41). También, MARTÍN GRANIZO y ALBACAR LÓPEZ, matizan que «al ser el plazo de caducidad comporta que no admita causas de interrupción, debido a que éstas, como tiene declarado una constante de la jurisprudencia, son sólo de aplicación a la prescripción». Y, añaden que «en orden a este extremo, ello no es de rigurosa aplicación» (*op. cit.*, p. 502). *Vid.*, también las aportaciones en esta materia de GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio...*, *op. cit.*, p. 61.

indemnizatoria<sup>1006</sup>. Pese a ello, lo cierto es que en la mayoría de la doctrina científica<sup>1007</sup>, prevalece la calificación del legislador, tanto por la relevancia que presentan los esponsales, como por la inexistencia de precepto alguno que imponga que las acciones indemnizatorias quedan sometidas en exclusiva a la prescripción<sup>1008</sup>.

Desde una perspectiva práctica, la caducidad o la prescripción de la acción parecen carecer de interés, debido a que no hay jurisprudencia -ni del Supremo ni en la menor- en la que se plantee dicha cuestión, lo que justifica que las circunstancias del supuesto de hecho determinan como -con acierto- sostiene el profesor LASARTE ÁLVAREZ «ora una inmediata reclamación», «ora el definitivo olvido de la cuestión»<sup>1009</sup>.

Por otra parte, y por lo concerniente al ejercicio de la acción, conviene precisar que al contener la acción un plazo de caducidad -que no de prescripción-, el no ejercicio de ésta en dicho plazo lo que comportará será su extinción.

### 3. CONCRECIÓN DEL «DIES A QUO»

Por lo que al *dies a quo* se refiere, el artículo 43 del Código civil dice que comenzará a contar desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio, es decir, desde el día que tuvo lugar el incumplimiento<sup>1010</sup>. Incumplimiento que constituye el término *a quo* para comenzar a contar el plazo de caducidad de la acción y, que deberá tener la consideración de acto recepticio perfectamente identificable, cuyo contenido queda concretado a

---

<sup>1006</sup> Vid., Díez Pícazo y Gullón Ballesteros, *Sistema de Derecho...*, 2002, *op. cit.*, p. 64 y, *Sistema de Derecho...*, 2006, *op. cit.*, p. 64; Delgado Echeverría, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 58; Asúa González, *op. cit.*, p. 478.

<sup>1007</sup> Vid., García Varela, *op. cit.*, p. 613; García Cantero, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 42; O'Callaghan Muñoz, *Código Civil...*, *op. cit.*, p. 101; Reina y Martinell, *op. cit.*, p. 273.

<sup>1008</sup> Vid., Lasarte Álvarez, *Principios de Derecho Civil. I. Parte General...*, 2009, *op. cit.*, p. 41.

<sup>1009</sup> *Ibidem*.

<sup>1010</sup> Vid., Delgado Echeverría, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 58.

una declaración de voluntad -ya por iniciativa propia o como respuesta a la reclamación del cumplimiento<sup>1011</sup>-.

Por otra parte, la imprecisión que presenta el momento inicial de su cálculo, es debido a que se trata de un hecho de carácter negativo -puesto que se refiere al día de la negativa a la celebración del matrimonio<sup>1012</sup>- que puede presentar serias dudas de hecho sobre el momento en que dicha negativa queda acreditada, por lo que esta negativa, con la finalidad de evitar fraudes de Ley<sup>1013</sup> debe ser definitiva y, por tanto, como -con acierto- dice GARCÍA CANTERO<sup>1014</sup> si en los esponsales se ha señalado fecha, a ella se deberá atender en principio, salvo que la conducta contraria a la promesa haya sido positiva. Este sería el caso, por ejemplo, de contraer matrimonio con tercera persona<sup>1015</sup>.

En virtud de lo anterior, está justificada la afirmación que sostiene que, para la fijación del *dies a quo* podría ser útil el requerimiento hecho por

---

<sup>1011</sup> *Vid.*, en este sentido, BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1991, *op. cit.*, p. 260.

<sup>1012</sup> En este sentido, la SAP de Sevilla, Sección 8.ª, de 9 de junio de 2009 [La Ley, 2009/246469], desestima el recurso, debido a que el artículo 43 del Código civil establece que «caducará al año la acción del incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio contándose desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio y como es la actora la que establece como día de esa negativa y de la ruptura el 11 de mayo de 2007, la acción había caducado ese mismo día del año 2008 y por tanto así se hallaban cuando se formuló la demanda el 19 de junio siguiente». También, en la SAP de Vizcaya, Sección 4.ª, de 5 de marzo de 2008 [La Ley, 2008/52495], no procede la reclamación de la mitad de los gastos, ya que la acción estaba caducada a tenor del artículo 43 del Código civil, si bien, en esta Sentencia el Tribunal argumentó que «la factura era de junio de 2004 y la demanda fue presentada en abril de 2006, sobradamente transcurrido el plazo de un año previsto por la Ley».

<sup>1013</sup> En este sentido, LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, dicen que «estos serían de fácil realización por parte del incumplidor, encontrando su origen en la oposición por éste, simplemente, a la fecha fijada para la boda; y tras él o los aplazamientos suficientes para sobrepasar el año, negarse a contraerlo en fecha alguna» (*Elementos de Derecho Civil*, 1990, *op. cit.*, p. 100).

<sup>1014</sup> *El vínculo de matrimonio...*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>1015</sup> En la misma línea, LACRUZ BERDEJO y ALBALADEJO GARCÍA, añaden que «si no se hubiera fijado fecha para la boda, habrá de estarse a la valoración social libremente apreciada por el Juez» (*op. cit.*, Nt. 15, p. 54).



la parte inocente a la parte que realiza el incumplimiento<sup>1016</sup>. De modo que sí faltase al compromiso de la fijación de una fecha para contraer el matrimonio, sería aconsejable un requerimiento de carácter formal, a fin de determinar claramente la postura de la otra parte, debiendo interpretarse el silencio realizado después de haberse formulado dicho requerimiento como una negativa de carácter tácita<sup>1017</sup>.

Por último, en el supuesto de que la acción encuentre su fundamento en haber dado a la otra parte un motivo justificado para efectuar la ruptura, el plazo de un año previsto por el precepto deberá comenzar a contar a partir del momento en que el demandante tuvo conocimiento de ese motivo<sup>1018</sup>.

#### 4. LA CARGA DE LA PRUEBA

Por cuanto atañe a la carga de la prueba, conviene tener presente que al actor le corresponde demostrar la existencia de los hechos constitutivos de su pretensión, mientras que al demandado le incumbe probar los hechos impositivos o extintivos de aquella pretensión<sup>1019</sup>.

De modo que al que ejercita la acción de reembolso -es decir, al actor- le corresponderá demostrar los siguientes extremos: la existencia de la promesa de matrimonio -promesa que deberá ser emitida por mayor de edad o menor emancipado-, el incumplimiento consistente en la negativa de la otra parte a contraer dicho matrimonio -negativa que requiere de prueba fehaciente-, la existencia y la cuantía de los gastos efectuados y de las obligaciones contraídas, así como la finalidad por la que fueron realizados.

---

<sup>1016</sup> *Vid.*, DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 58; ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 478.

<sup>1017</sup> *Vid.*, GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio...*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>1018</sup> *Vid.*, LACRUZ BERDEJO y ALBALADEJO GARCÍA, *op. cit.*, Nt. 15, p. 54; GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio...*, *op. cit.*, p. 61; DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, p. 58.

<sup>1019</sup> *Vid.*, REINA Y MARTINELL, *op. cit.*, p. 273; DE LA IGLESIA MONJE, *op. cit.*, p. 815; GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio...*, *op. cit.*, pp. 61-62. Argumentación que sigue sosteniendo tras la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio (*vid.*, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, pp. 42-43).

Mientras que al demandado le incumbirá probar: que el consentimiento prestado para la promesa de matrimonio estaba viciado o que la promesa de matrimonio no era cierta, que ha habido -en su caso- causa de ruptura o que él no ha dado causa alguna a la ruptura del actor, que ha transcurrido el plazo de caducidad establecido por el precepto o, finalmente, que concurre alguna de las causas que dan origen a la extinción de la promesa de matrimonio<sup>1020</sup>.

Por otra parte, se sostiene que la carga de la prueba de la causa, depende de la naturaleza contractual o no de la acción, por lo que en el primer supuesto incumbirá al demandado, mientras que en el segundo corresponderá al demandante probar la falta de causa. No obstante, la dificultad que presenta la prueba de un hecho negativo por el actor también ha sido advertida por los partidarios de la teoría de la naturaleza no contractual, los cuales sostienen más adecuado entender que la presencia de una causa suficiente se configura como un hecho de carácter impeditivo y, por tanto, su prueba corresponde al demandado<sup>1021</sup>.

---

<sup>1020</sup> *Vid.*, GARCÍA CANTERO, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, pp. 42-43.

<sup>1021</sup> *Vid.*, en este sentido, GARCÍA CANTERO, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, pp. 42-43; ORTEGA PARDO, *op. cit.*, p. 628; FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 179; SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 40; DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, pp. 57-58.

**TERCERA PARTE**

---

**LA PROMESA DE MATRIMONIO EN ITALIA**



## CAPÍTULO SESTO

### LA REGULACIÓN DE LA PROMESA DE MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO

#### I. LA PROMESA DE MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO

En la actualidad, la figura de la promesa de matrimonio se encuentra recogida en los artículos 79<sup>1022</sup>, 80<sup>1023</sup> y 81<sup>1024</sup> del Código civil italiano de

---

<sup>1022</sup> «-La promesa de matrimonio no obliga a contraerlo ni a ejecutar lo que fue acordado para el caso de incumplimiento» Trad.: «-La promessa di matrimonio non obbliga a contrarlo ne ad eseguire ciò che si fosse convenuto per il caso di non adempimento».

<sup>1023</sup> «-El promitente puede demandar la restitución de lo donado a causa de la promesa de matrimonio, si esto no fue acordado. -La demanda no es procedente después de un año del día en el que ha tenido lugar el rechazo a celebrar el matrimonio o el día de la muerte de uno de los promitentes» Trad.: «-Il promittente può domandare la restituzione dei doni fatti a causa della promessa di matrimonio, se questo non è stato contratto (785, 2694). - La domanda non è proponibile dopo un anno dal giorno in cui s'e avuto il rifiuto di celebrare il matrimonio o dal giorno della morte di uno dei promittenti».

<sup>1024</sup> «-La promesa de matrimonio hecha indubitablemente por documento público o por escritura privada por una persona mayor de edad o por el menor capaz de contraer matrimonio conforme a la norma del artículo 84, o resultante de la solicitud de publicación, obliga al promitente que sin justo motivo rechaza realizarlo a resarcir el daño ocasionado a la otra parte por los gastos hechos y por las obligaciones contraídas a causa de aquella promesa. El daño es resarcido dentro del límite en que los gastos y las obligaciones correspondan a la condición de las partes. -El mismo resarcimiento es debido por el promitente que con la propia culpa ha dado justo motivo al rechazo del otro. -La demanda no es procedente después de un año del rechazo a celebrar el matrimonio» Trad.: «-La promessa di matrimonio fatta vicendevolmente per atto pubblico o per scrittura privata da una persona maggiore di età o dal minore ammesso a contrarre matrimonio a norma dell'art. 84, oppure risultante dalla richiesta della pubblicazione, obbliga il promittente che senza giusto motivo ricusi di eseguirla a risarcire il danno cagionato all'altra parte per le spese fatte e per le obbligazioni contratte a causa di quella promessa. Il danno è risarcito entro il limite in cui le spese e le obbligazioni corrispondono alla condizione delle parti (2056). -Lo stesso risarcimento è dovuto dal promittente che con la propria colpa ha dato giusto motivo al rifiuto dell'altro. -La domanda non è

1942. Estos preceptos se encuentran ubicados en el Capítulo I *Della promessa di matrimonio*, incluido en el Título IV *Del Matrimonio* del Libro I.

Del análisis del precepto 79 del Código civil conviene precisar que aunque se corresponde sustancialmente con el derogado artículo 53<sup>1025</sup> del Código civil de 1865, lo cierto es que se diferencia en la modificación terminológica sufrida por la institución, debido a que «la promessa di matrimonio» es la nomenclatura que sustituye la tradicional «promessa scambiale di futuro». Este término eliminado –acertadamente– pone de manifiesto que el reconocido principio de libertad matrimonial –principio que comporta la no obligatoriedad de los prometidos a la celebración del matrimonio– será de aplicación con independencia de que la promesa sea realizada bilateral o unilateralmente, por las partes.

Por otra parte, se introduce un nuevo precepto –artículo 80– que se ocupa de la restitución de las donaciones efectuadas a causa de la promesa de matrimonio, salvándose la inexistencia de un precepto análogo en el Código precedente, solventado mediante la aplicación del artículo 1.068 del Código civil.

Finalmente, el artículo 81 del Código civil corresponde a la reforma practicada por Ley n. 151, de 19 de mayo de 1975, que reformó los Libros I y II del Código civil italiano de 1942. Del texto del precepto se advierte que comporta ciertas modificaciones de detalle en relación con el antiguo artículo 54<sup>1026</sup> del Código civil de 1865.

Con esta reforma el legislador italiano modifica la primera parte del precepto, debido a que la responsabilidad del menor prevista por la norma

---

proponibile dopo un anno dal giorno del rifiuto di celebrare il matrimonio (2964 e seguenti)».

<sup>1025</sup> «-La promesa mútua de futuro matrimonio, no produce obligación legal de contraerlo ni de ajustarse á lo convenido para el caso de inejecución de la misma» (AGUILERA Y VELASCO, *op. cit.*, p. 31) Trad.: «-La promessa scambievole di futuro matrimonio non produce obbligazioni di contrarlo, né di eseguire ciò che si fosse convenuto in caso di non adempimento della medesima» (*Codice Civile del Regno... op. cit.*, p. 16).

<sup>1026</sup> Cfr. Artículo 54 del Código civil italiano de 1865.

anterior, requería de su adecuación a la reforma sufrida por el artículo 84 del Código civil en lo concerniente a la autorización de los menores -aunque se trata más bien de una referencia<sup>1027</sup>- precisando de forma expresa que el limitado resarcimiento de los daños puede ser de aplicación a un menor que reúna el requisito para contraer matrimonio contenido en el artículo 84. Asimismo, esta modificación que elimina la anterior figura de la asistencia o autorización como condición previa y, que indudablemente, era configurada como un permiso especial otorgado al menor para poder realizar la promesa de matrimonio, homologa dicho requisito con la capacidad otorgada judicialmente a los menores para contraer matrimonio.

En síntesis, en el párrafo primero del artículo 81 del Código civil se precisa el carácter mutuo de la promesa, por lo que se trata de una promesa de carácter recíproco; se adiciona a la mención de los gastos hechos la aclaración de la obligación de resarcir las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido -aspecto modificado también en el Código civil español- y, finalmente, se limita el resarcimiento de los daños únicamente a los gastos y obligaciones correspondientes a las condiciones de las partes. Por otra parte, en el párrafo segundo se precisa que dicha obligación sintetizada en el resarcimiento -tanto de los gastos como de las obligaciones contraídas- deberá recaer sobre la parte que por su propia culpa, haya dado justo motivo de negativa a la contraparte. Y, finalmente, en el último párrafo se fija como *dies a quo* de plazo el día de la negativa a la celebración del matrimonio, sin embargo, éste podría presentar la cuestión de si el régimen de aplicación sobre el carácter del plazo de un año es de prescripción o de caducidad.

Cuestión salvada por el artículo 43 del Código civil español, puesto que el precepto contiene un pronunciamiento expreso de caducidad. Con este precepto el legislador español ha solucionado las controversias doctrinales suscitadas durante la vigencia del régimen anterior, en las que se

---

<sup>1027</sup> Vid., TRABUCCHI, Alberto: «Matrimonio», in *Commentario alla riforma del Diritto di Famiglia*, T. I, Parte Prima (artt. 1-89), a cura di Liugi CARRARO, Giorgio OPPO e Alberto TRABUCCHI, Cedam, Padova, 1977, p. 84.

debatía si el carácter del plazo de un año al que aludía el derogado artículo 44 del Código civil de 1889, era de prescripción o de caducidad.

En definitiva, el artículo 81 del Código civil a diferencia de los artículos 79 y 80, hace referencia únicamente a las consecuencias derivadas del incumplimiento de una promesa de carácter recíproco, mientras que los otros dos preceptos, aluden a otro tipo de promesa de matrimonio - unilateral o bilateral aceptada de forma explícita o cuya aceptación haya sido dada a entender-.

#### **1. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y COMPARADA: EN PARTICULAR EL CARÁCTER NO VINCULANTE DE LA PROMESA DE MATRIMONIO**

La enunciación del carácter no vinculante de la promesa de matrimonio en el que se sustancia el artículo 79 del Código civil, ha sido considerado por la doctrina<sup>1028</sup> como un hecho superfluo, debido a la estrecha vinculación que presenta con los Derechos fundamentales de la persona. Esta justificación también se encontraba en el sistema del Código civil italiano de 1865<sup>1029</sup>, en el que pudo surgir la cuestión de que a los esponsales -debido al carácter contractual que la figura presentaba en dicha época- le fuera de aplicación el principio general, de acuerdo con lo previsto por el artículo 1.321 del Código civil, conforme al que el contrato tenía fuerza de Ley para las partes<sup>1030</sup>. Duda que se habría salvado si con la reforma practicada por Ley de mayo de 1975 se hubiera excluido dicha posibilidad<sup>1031</sup>.

Por otra parte, con la aportación realizada por el Ministro de Justicia al Proyecto definitivo del Libro I del Código civil italiano de 1942, se aclara

---

<sup>1028</sup> *Vid.*, TRABUCCHI, Alberto: «Della promessa di matrimonio», *in Commentario al Diritto Italiano della Famiglia*, a cura di Giorgio CIAN, Alberto TRABUCCHI e Giorgio OPPO, Vol. II, Cedam, Milano, 1992, p. 8.

<sup>1029</sup> *Cfr.*, artículos 53 y 54 del Código civil de 1865 y, *vid.*, CATTANEO, Vicencio: *Il Codice civile annotato*, Dalla Società l'Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1865, pp. 92-93.

<sup>1030</sup> *Vid.*, JEMOLO, *Il matrimonio*, *op. cit.*, p. 48.

<sup>1031</sup> *Vid.*, en este sentido, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 67.



la intención del legislador en disipar las posibles sospechas que se podían suscitar de que en la promesa de matrimonio, existiera una obligación de conciencia<sup>1032</sup> -de ahí que entendiéndose oportuno prescindir del adjetivo que en el texto del artículo 53 del Código civil de 1865 calificaba como legal la obligación de contraer matrimonio, eliminando con ello cualquier duda sobre el carácter no vinculante de la promesa-. Estas sospechas únicamente tenían sentido conforme a la evolución histórica que presentaba este instituto, ya que la afirmación del principio contenido en el artículo 79 del Código civil, surgía como reacción a una larga tradición historia.

### A. Breve referencia al Derecho Romano

En el Derecho romano clásico<sup>1033</sup> a la promesa de matrimonio se le atribuía una relevancia casi exclusivamente social<sup>1034</sup>, conforme al principio de libertad matrimonial<sup>1035</sup> (siglo I a. C.). De forma que las partes quedaban

<sup>1032</sup> *Vid.*, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, Nt. 5, p. 68.

<sup>1033</sup> Para una reseña histórica sobre la promesa de matrimonio en el Derecho romano, entre otras aportaciones bibliográficas, *vid.*, VOLTERRA, voce «Sponsali»..., *op. cit.*, pp. 36 y ss.; ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, pp. 111 y ss. Sobre la evolución del instituto en el Derecho romano, *vid.*, las aportaciones realizadas por MAGNANI, Giovanni: *Studio preliminare della storia della promessa di matrimonio nel diritto italiano*, Pavia, 1939, pp. 225 y ss.

En lo concerniente a la disciplina de los esponsales en la época clásica conviene precisar que ésta difería notablemente de la disciplina propia de la época preclásica, debido a que en esta última el compromiso se contraía por medio de un acto de carácter formal, denominado «sponsio». Acto del cual provenía el término «sponsalia», conforme al pasaje contenido en [D. 23, 1, 2 (ULPIANUS, *libro singulari, Di Sponsalibus*)]. Por otra parte, con la «sponsalia» se dio origen a una obligación a contraer el matrimonio que podía ser objeto de acción judicial. En definitiva, el principio de libertad de matrimonio se instauró al final de la etapa preclásica (*vid.*, ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, pp. 4 y ss.).

<sup>1034</sup> Aspecto en el que conviene recordar que en el Derecho romano clásico los esponsales constituían un hecho exclusivamente social, en virtud del principio de la libertad matrimonial. Sería en el Siglo IV d. C., cuando se comenzaría a atribuir a la promesa de matrimonio un valor particular. En este sentido, *vid.*, las aportaciones bibliográficas de PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino: voce «La promessa di matrimonio in Diritto Comparato», in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione Civile, XV, UTET Giuridica, Torino, 1997, p. 413; OBERTO, Giacomo: voce «La promessa di matrimonio», in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione Civile, XV, UTET Giuridica, Torino, 1997, pp. 395 y ss.; FERRANDO, *op. cit.*, p. 237.

<sup>1035</sup> En particular, AULO GELIO en Noches Áticas [4, 4, 3] sostiene que en el Derecho preclásico, prevaleció la regla opuesta. Principio al que se reconduce -aunque siglos más tarde- también la frase inserta en el extremo previsto de la Constitución de LEÓN (año 472

eximidas de dicho compromiso mediante la simple declaración unilateral de no querer contraer las nupcias<sup>1036</sup>. Este compromiso se encontraba garantizado por medio de una estipulación mediante la que las partes se comprometían a pagar una cantidad de dinero a título de pena en caso de ruptura de la promesa (*stipulatio poenae*). Estipulación que tuvo la consideración de «non secundum bonos mores», debido a que era deshonesto que los matrimonios o futuros o, ya contraídos fuesen ligados con el vínculo de una pena, por lo que era «inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi»<sup>1037</sup> -de acuerdo con un conocido pasaje de PAOLO<sup>1038</sup>-.

Por su parte, otros autores<sup>1039</sup> entienden erróneo suponer que esta figura comporta para el Ordenamiento una absoluta irrelevancia, ya que determinados aspectos como: la exoneración de testimonio; la previsión de impedimentos matrimoniales; la inclusión de los prometidos en la *Lex Pompeia de paricidiis*; la equiparación de la prometida a la esposa -que no del prometido al esposo- en relación a los efectos de la *Lex Iulia de adulteriis*; la extensión al prometido de la prohibición de enajenar un bien raíz dado en dote; la equiparación del compromiso al matrimonio en la *Lex Iulia et Papia* y, la concesión al «sponsus» de la *actio iniuriarum* por las ofensas generadas o recaídas sobre la «sponsa», evidencian una atención de

---

d. C.), reproducida en [C. I. 5, 1, 5 (IMPP. LEO ET ANTHEMIUS AA. ERYTHRIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO)]: «[...] cum in contrahendis nuptiis libera potestas ese debeat». Para una mayor argumentación, entre otros, *vid.*, ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, pp. 42 y ss., y 111 y ss.; VOLTERRA, voce «Sponsali»..., *op. cit.*, p. 36; OBERTO, Giacomo: «La promessa di matrimonio», in *Il Diritto di Famiglia nella Dottrina e nella Giurisprudenza. Trattato Teorico-Pratico*, diretto da Gabriela AUTORINO STANZIONE, Vol. I, *Il matrimonio i rapporti personali*, G. Giappichelli editore, Italia, 2005, p. 163.

<sup>1036</sup> *Vid.*, [D. 24, 2, 2, 2 (GAYUS, libro XI, *ad Edictum provinciale*)].

<sup>1037</sup> En relación a este fragmento, *vid.*, ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, pp. 43 y ss.

<sup>1038</sup> Cfr., [D. 45, 1, 134 pr. (PAULUS, libro XV, *Responsorum*)]. En este sentido, TATARANO, subraya la «afinidad de la solución romana de la época clásica a aquélla que se refleja en la Legislación actual» («La Promessa...», *op. cit.*, Nt. 3, p. 650). Para una mayor argumentación, *vid.*, ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, pp. 43 y ss.

<sup>1039</sup> *Vid.*, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 69.

carácter particular en el momento constitutivo del vínculo y, la creación de un verdadero y propio *status* semejante al establecido para el matrimonio.

De lo dicho se sigue que en el Derecho romano clásico, esta figura tuvo un sentido más cercano a la sensibilidad moderna que en la antigüedad tardía y en la edad media, debido al principio de libertad matrimonial y a la negación del recurso legal de los esponsales.

Por otra parte, será únicamente a partir de la introducción de la cultura cristiana -del Siglo IV d. C., en adelante- cuando los esponsales asuman una fisonomía similar a la que los caracterizará durante Siglos hasta la época de la moderna Codificación, debido a que durante esta época las Constituciones imperiales, con la finalidad de conferir una mayor relevancia al compromiso cristiano reconocieron ciertos derechos a los prometidos y, castigaron con sanciones de carácter patrimonial la disolución unilateral realizada sin causa determinada<sup>1040</sup>.

Época en la que conviene reseñar como pena especial la atribuida a la disciplina de la restitución de las donaciones, a la que el Emperador CONSTANTINO le negó el derecho de repetición al donante que «[...] causam non contrahendi matrimonii praebuerit»<sup>1041</sup>. Este derecho se encontraba sujeto a ciertas limitaciones para el supuesto de que la disolución de los esponsales celebrados mediando ósculo interviniente fuese venida por fallecimiento -según una costumbre en uso utilizada por la Iglesia de oriente y occidente<sup>1042</sup>-.

Con posterioridad, en las sucesivas Legislaciones imperiales el compromiso cristiano se identificó con el compromiso arral -de origen oriental- en el que el compromiso del futuro matrimonio era acompañado de la entrega de las <arrhae sponsaliciae> -consistentes, normalmente, en la

---

<sup>1040</sup> Sobre el influjo del cristianismo en materia de compromiso, *vid.*, GAUDEMET, Jean: *Il matrimonio in occidente*, ed., it., Torino, 1989, p. 42; OBERTO, «La promessa di...», *op. cit.*, p. 163.

<sup>1041</sup> Cfr., [C. Th. 3, 5, 2 = C. 5, 3, 15 (Imp. CONSTANTINUS *A. ad MAXIMUN P. U*)].

<sup>1042</sup> [C. Th. 3, 5, 6 = C. 5, 3, 16 (IMP. CONSTANTINUS *A. ad TIBERIANUM, Vicarium Hispaniarum*)].

entrega del anillo e, incluso de joyas, vestidos o dinero-. Esta tradición que tuvo la consideración de una verdadera y propia fianza otorgada por el <sponsus> a la novia, con la finalidad de confirmar la seriedad del acto, estaba destinada a ser perdida para el supuesto de disolución injustificada de la promesa de matrimonio por el novio<sup>1043</sup> y, restituida en la medida del <quadruplum><sup>1044</sup> –con posterioridad reducida al <duplum><sup>1045</sup> e, incluso al <simpulum> para el supuesto de fallecimiento<sup>1046</sup>- en caso de su disolución por parte de la novia.

En definitiva, esta tendencia resumida en la atribución de efectos jurídicos a los esponsales, también se puso de manifiesto con la atribución a los novios de un propio y verdadero *status* -tendencia ya manifestada en la edad clásica-. *Status* que en muchos aspectos presentaba notables similitudes con el atribuido a los cónyuges, ya por la extensión a los novios de las disposiciones previstas sobre los delitos de adulterio o de parricidio o, por las establecidas sobre los impedimentos matrimoniales<sup>1047</sup>.

---

<sup>1043</sup> Cfr., [C. Th. 3, 5, 11 (IMPPP. GRAT(IANUS), VALENTIN (IANUS) ET THEOD(OSIUS) AAA. EUTROPIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO)]; [C. Th. 3, 10, 1 = C. I. 5, 8, 1 (IMPP. HONORIUS ET THEODOSIUS AA. THEODORO P. P)]. *Vid.*, también, VOLTERRA, voce «Sponsali»..., *op. cit.*, p. 36. Para una analítica exhaustiva del instituto de las <arrhae sponsaliciae>, *vid.*, ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, pp. 181 y ss. Sobre el problema de la individualización del origen del instituto, *vid.*, MAGNANI, *op. cit.*, pp. 220 y ss.

<sup>1044</sup> Cfr., [C. I. 5, 1, 5, 5 (IMPP. LEO ET ANTHEMIUS AA. ERYTHRIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO)].

<sup>1045</sup> Cfr., [C. I. 5, 1, 5 pr (IMPP. LEO ET ANTHEMIUS AA. ERYTHRIO P(RAEFECTO). P(RAETORIO))].

<sup>1046</sup> Cfr., [C. I. 5, 1, 3 (IMPPP. GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS AAA. EUTROPIO P. P)].

<sup>1047</sup> En este sentido, *vid.*, las aportaciones realizadas, entre otros, por VOLTERRA, voce «Sponsali»..., *op. cit.*, p. 37; ASTOLFI, *Il Fidanzamento del Diritto...*, *op. cit.*, pp. 168 y ss.; OBERTO, «La promessa di...», *op. cit.*, p. 166; AQUINO e TALLARINA, Roberto: «La promessa di matrimonio», in *Il Diritto di famiglia nei novi orientamenti giurisprudenziali*, diretto da Giuseppe CASSANO, I, *Famiglia e matrimonio*, trattati a cura di Paolo CENDON, Giuffrè editore, Milano, 2006, p. 88.

## B. Breve referencia al Derecho Canónico: Alusión al Derecho Canónico actual

El Derecho canónico antiguo<sup>1048</sup> ciertamente no era coincidente con el planteamiento expuesto en líneas precedentes. De ahí que esta figura -los esponsales- se introdujera dentro de la controversia existente sobre la relación entre la consumación del matrimonio y el consentimiento a este último.

Asimismo, la distinción entre «sponsalia de praesenti» y «de futuro» constituyó la respuesta de Pietro LOMBARDO a la doctrina establecida por el monje GRACIANO en su *Decretum Gratiani*<sup>1049</sup> –quien distinguió entre «matrimonium initiatum e consummatum»- atribuyendo al consentimiento una posición necesaria, pero insuficiente debido a la privación del «unitas carnis». Aspecto último que era necesario para considerar a un hombre y a una mujer, como esposo y esposa. Esta concepción comportó la aproximación de los esponsales y del matrimonio, hasta casi una total identificación<sup>1050</sup>.

En definitiva, con el *Decretum Gratiani* se sintetiza la concepción de los esponsales como «initium matrimonii» basado, indudablemente, sobre la «fides» de los esposos<sup>1051</sup>.

Conforme a esta nueva realidad social, el matrimonio se podía constituir como «perfectum» a partir del acto en el que los prometidos

<sup>1048</sup> *Vid.*, sobre la materia, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, pp. 71 y ss.; AQUINO e TALLARINA, *op. cit.*, p. 86.

<sup>1049</sup> Este Decreto escrito aproximadamente en el año 1140 y, configurado como la obra fundamental de la reorganización de la Teoría de la Iglesia, se presentaba en los siguientes términos: [Decretum Gratiani (c. 27 q. 2 c. 25)]: «quod in desponsatione coniugium initiatur»; [Decretum Gratiani (c. 27 q. 2, c. 27)]: «matrimonium sponsali conventionione initiatur commixtinoe perficitur».

<sup>1050</sup> Una identificación entre «sponsalia» y «nuptiae» se hace presente en el Antiguo Testamento en: [Dt. 22, 23] donde la joven prometida era calificada como esposa. Asimismo, el término «sponsalia» era utilizado con referencia tanto al matrimonio, como a la promesa de matrimonio, con lo que se originaba la sucesiva terminología canonista concretada en «sponsalia de praesenti» y «sponsalia de futuro».

<sup>1051</sup> Sus términos, son los siguientes: [Decretum Gratiani (c. 27, q. 2, c. 45)]: «sed a prima fide desponsationis coniunx dicitur appellari, non quod in ipsa desponsatione fiat coniunx, sed quia ex fide, quam ex desponsatione sibi invicem debent, postea efficiuntur coniuges».

manifestaban su consentimiento asumiendo el carácter tanto de sacramento, como de indisoluble. Planteamiento que fue atribuido a Pietro LOMBARDO quien reafirmandose en el principio romanístico «consensus facit nuptias» – principio que fue reconocido por GRACIANO y en el que se apoyó para sostener la teoría de la Cópula<sup>1052</sup>- estableció a mitad del Siglo XII una tradición que sería consolidada, con posterioridad por Pier DAMIANI y Ugo DI VITTORE, al constituir una línea divisoria entre el supuesto de vínculo matrimonial presente y el previsto únicamente para un momento sucesivo<sup>1053</sup>.

De lo anterior se originó la distinción de dos momentos claramente diferenciados en la expresión de la «voluntas contrahendis». De una parte, una promesa «de praesenti» manifestada por la voluntad definitiva de convertirse en marido y mujer; De otra, una sucesiva de futuras nupcias, que podía ser disoluble<sup>1054</sup>. Mientras que, por el contrario, la copula carnal, estaba relegada a la obligación que la Ley imponía a los cónyuges unida a la cohabitación, no afectando su ausencia a la *societas* formada por el matrimonio indisoluble.

En suma, aunque el Derecho romano fue el principal elemento tenido en cuenta en la elaboración realizada por Pietro LOMBARDO, lo cierto es que las dos declaraciones de consentimiento –antes descritas– diferían sensiblemente de la doctrina romana. Por ello, el «nudus consensus» del

---

<sup>1052</sup> [Decretum Gratiani (c. 27 q. 2 c. 34)]: «Sciendum est quod coniugium desponsatione initiatur, commistione perficitur. Unde inter sponsum et sponsam coniugium est sed initiatum; inter copulatus est consummatum». En la literatura, *vid.*, NAVARRETE, Urbani: «Il matrimonio nel diritto canonico. Natura del consenso matrimoniale», in AA. VV., *La definizione essenziale giuridica del matrimonio*, Atti del colloquio romanistico-canonistico 13-16 marzo 1979, Roma, 1980, p. 137; BROOKE, Christopher: *Il matrimonio nel Medioevo*, Società editrice il Mulino, Bologna, 1989, pp. 141-142.

<sup>1053</sup> Sobre una extensa argumentación, entre otros, *vid.*, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 396 y, «La promessa di...», *op. cit.*, p. 166; PETOT, Pierre: *Historie du droit privé français. Le familia*, Paris, 1922, pp. 244 y ss.; CARON, Giovanni: voce «Matrimonio (Promessa di) (Diritto canonico)», in *NNDI*, diretto da Antonio AZARA e Ernesto EULA, X, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1964, pp. 427-429.

<sup>1054</sup> *Vid.*, NAVARRETE, *op. cit.*, p. 137.

matrimonio romano –que no requería de exteriorización formal alguna- sería sustituido por el consentimiento expreso *per verba*<sup>1055</sup>.

Esta nueva teoría originó la existencia de situaciones difícilmente sostenibles, debido a que la teoría consensual de Pietro LOMBARDO suplantó en Francia a la antigua teoría de la cópula de GRACIANO -teoría última que continuaba teniendo una importante difusión en Italia-.

De modo que la coexistencia de estas dos teorías originó la existencia de graves consecuencias en la práctica. Si bien, frente a esta situación dos fueron los Papas –ALEJANDRO III e INOCENCIO III- que intentaron solucionar el conflicto originado. De una parte, con el Papa ALEJANDRO III (1159-1181) se acoge inicialmente la distinción entre <verba de praesenti> y <verba de futuro> admitiéndose en algunas Decretales únicamente la teoría consensual, mientras que en otras se reconoce el matrimonio realizado mediante consentimiento de futuro seguido de consumación, sin la necesidad de una renovación del consentimiento de presente; De otra, con su sucesor INOCENCIO III se consolida la doble forma del matrimonio, es decir, por <verba de praesenti> o por <verba de futuro> con la sucesiva unión carnal o consumación del acto.

También, la necesaria voluntad surtió efectos sobre el carácter vinculante del simple compromiso de futuro. En este sentido, se explica el principio consagrado en el *Decretum Ex litteris* -conforme al cual la promesa debía vincular plenamente al promitente- del mismo ALEJANDRO III, que atribuía la posibilidad de obligar *per* <censuram ecclesiasticam> a la parte reacia -en ausencia de motivos válidos- a celebrar el matrimonio prometido<sup>1056</sup>. Potestad que sería utilizada con extrema cautela, por los Tribunales eclesiásticos, debido a la consideración de: «cum libera debeant esse matrimonia, monenda est potius, quam cogenda, cum coactiones

---

<sup>1055</sup> Algunos autores entienden que la distinción realizada por Pietro LOMBARDO entre manifestación de voluntad <de praesenti> y <de futuro> como antítesis a la doctrina de la cópula de INCMARO y GRAZIANO, se derivó de la aceptación por el Derecho canónico de los nuevos ritos de conclusión del matrimonio afirmándose de forma progresiva en la práctica social. Sobre esta materia, *vid.*, PETOT, *op. cit.*, pp. 244-248; CARON, *op. cit.*, pp. 427-429.

<sup>1056</sup> *Vid.*, CARON, *op. cit.*, pp. 427-429.

difficiles soleant exitus frequenter habere»<sup>1057</sup>. Asimismo, en los Tribunales eclesiásticos se aprobó el principio del «favor libertatis» para aquellos supuestos en los que existieran dudas sobre las pruebas<sup>1058</sup>.

Finalmente, la violación de la promesa de matrimonio estaba aparejada de una sanción que únicamente se extendía a la obligación del resarcimiento a favor de la parte perjudicada, resumida en los gastos por la compra de las ropas para la boda o, en la obtención de la dispensa apostólica<sup>1059</sup>.

Como se ha dicho, la consideración de la obligación del resarcimiento de los daños ocasionados a la parte perjudicada y, el pleno reconocimiento - formal- de la libertad matrimonial, también encontraron acogida en el *Codex Iuris Canonici*<sup>1060</sup>. Muestra de ello es el contexto en el que se presentaba el párrafo tercero del canon 1.017<sup>1061</sup> del Código pio-benedictino de 1917, lo

---

<sup>1057</sup> [c. XVII, De Sponsalibus et matrimoniis, IV, I]: «Requisivit a nobis tua Fraternitas, qua censura mulier compelli debeat, quae, iurisiurandi religione neglecta, nubere renuit, cui se nupturam, interposito iuramento, firmavit. Ad quod breviter respondemus, quod cum libera debeant esse matrimonia, monenda est potius, quam congenda, cum coactiones difficiles soleant exitus frequenter habere» y, *vid.*, las aportaciones realizadas en esta materia por BATTISTAE DE LUCA, Giovanni: *Theatrum veritatis et justitiae*, liber VI, *De dote*, Venetiis, 1706, p. 130.

<sup>1058</sup> *Vid.*, BERARDI, Caroli Sebastiani: *Commentaria in jus Ecclesiasticum*, III, Venetiis, 1789, p. 50 y, la Decisión de la Sacra Congregazione di Propaganda Fide de 22 noviembre de 1790. Esta decisión se presentaba en los siguientes términos: «Cautè procedendum esse in infligenda excommunicatione, et mulieres praesertim a sponsalibus recedentes nunquam excommunicandi, post annum esse absolvendos».

<sup>1059</sup> En este sentido, DE LUCA, Luigi (en *Instituta universale di tutte le leggi*, Colonia, 1752, p. 55) afirma que el resarcimiento del daño no alcanzaba únicamente al reembolso, al decir, literalmente que «delle spese per gli abiti, e per le nozze, oppure per ottenere la dispensa Apostolica, ma anche il risotto del pregiudizio che alla donna si cagionasse per co di fatto qualche discapito nella riputazione, per il che ad effetto di potersi degnamente, ed egualmente maritare gli bisognasse qualche maggior dote».

<sup>1060</sup> *Vid.*, FERRANDO, *op. cit.*, p. 238; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, pp. 71 y ss.

<sup>1061</sup> Cfr., párrafo tercero del canon 1.017 del Código pio-benedictino de 1917.



que en la actualidad, sigue vigente en el párrafo 2 del canon 1.062<sup>1062</sup> del vigente Código de Derecho Canónico.

En definitiva, la tradición del antiguo Derecho canónico –influido por el protestantismo y por el legado de algunos Derechos bárbaros- que reconoció durante varios Siglos el valor de la promesa de matrimonio como el aspecto más relevante del matrimonio -degradado este último como un elemento complementario del anterior- ha ayudado a comprender el valor atribuido a este instituto por diversos sistemas de la Europa septentrional durante los últimos Siglos anteriores a la época de la moderna Codificación<sup>1063</sup>.

### **C. Breve referencia a la moderna codificación**

En los Siglos anteriores a la Codificación, gran parte de los Estados Europeos, atribuyeron a la promesa de matrimonio el valor de compromiso vinculante, en relación al cual el matrimonio tenía la consideración de un mero acto formal que completaba al anterior.

La moderna Codificación –es decir, desde el Siglo XIX- establece una clara separación respecto a la regulación anterior. En este sentido, de una parte, el matrimonio ocupa el primer lugar como única fuente del vínculo que une a los esposos y, de otra, a la promesa de matrimonio no se le reconoce eficacia vinculante, perdiéndose la posibilidad de solicitar la ejecución -de forma específica- del cumplimiento del compromiso, debido a que los Ordenamientos nacionales establecen una disciplina -predominantemente de carácter negativo- destinada a la delimitación taxativa de la relevancia por incumplimiento.

Así, el Código de Napoleón omite cualquier Disposición relativa a la promesa de matrimonio, conforme al desacuerdo existente con la tradición

---

<sup>1062</sup> Cfr., párrafo segundo del canon 1.062 del Código de Derecho Canónico, de 25 de enero de 1983. Sobre esta cuestión FINOCCHIARO, F, sostiene que dentro de este resarcimiento se comprende tanto el daño producido, como el lucro cesante (*vid.*, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 68).

<sup>1063</sup> *Vid.*, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, pp. 75 y ss.

canonista que condicionó la Legislación francesa anterior a la revolución, lo que origina que la promesa de matrimonio no pueda tener la consideración de contrato, sino de comportamiento con relevancia social<sup>1064</sup>. Por su parte, el Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch austriaco de 1812 –ABGB– prosigue en parte la regla enunciada por la Legislación matrimonial de JOSEFINA –que al final del 700, derogó el instituto de los esponsales–. No obstante, el nuevo Código admitiendo la figura del «Eheverlöbniß<sup>1065</sup>», excluye de forma expresa el carácter vinculante de la promesa de matrimonio y de la validez de las cláusulas penales, limitando las consecuencias de la disolución del compromiso al resarcimiento del daño debido por la ruptura injustificada de ésta<sup>1066</sup>.

En la actualidad, este modelo es utilizado por el BGB alemán<sup>1067</sup>, el cual sanciona la exclusión de la acción de incumplimiento y considera nula la

---

<sup>1064</sup> Así, FINOCCHIARO, F, dice que «non poteva significare altro che la promessa di matrimonio non era piú considerata contratto, ma solo un comportamento socialmente rilevante» («Del matrimonio...», *op. cit.*, Nt. 3, p. 61). En la misma línea, *vid.*, ZACHARIE, Karl Salomo, CROME Carl y BARASSI, Ludovico: *Manuale di diritto civile francese*, III, Società Editrice Libreria, Milano, 1907-1909, p. 36.

<sup>1065</sup> [Promesa provisional].

<sup>1066</sup> *Vid.*, § 45 y 46 del Código civil Austriaco de 1812.

<sup>1067</sup> «§ 1.297. (Inexigibilidad, nulidad de la estipulación de la sanción). -1. No cabe deducir demanda judicial dirigida al cumplimiento de una promesa de matrimonio. -2. La estipulación de una sanción para el caso de no contraer matrimonio es nula» (LAMARCA, *op. cit.*, p. 319). Trad.: «§ 1.297. (Unklagbarkeit, Nichtigkeit eines Strafversprechens). -1. Aus einem Verlöbniß kann nicht auf Eingehung der Ehe geklagt werden. -2. Das Versprechen einer Strafe für den Fall, dass die Eingehung der Ehe unterbleibt, ist nichtig».

En lo concerniente al resarcimiento del daño: Cfr., § 1.298 y 1.299 del BGB. Estos parágrafos se encuentran integrados en la Sección Primera: *Del Matrimonio Civil*; Título I: *Esponsales*; Libro IV: *Derecho de Familia*. Estas disposiciones se limitan únicamente a excluir la fuerza ejecutiva en juicio de la pretensión de la celebración del matrimonio, de modo que tanto la doctrina, como la jurisprudencia mayoritaria siguen sosteniendo que la promesa de matrimonio –considerada como un verdadero y propio contrato– genera una obligación jurídica vinculante. En este sentido, *vid.*, DÖLLE, Hans: *Familienrecht*, Karlsruhe, 1964, p. 65; por el contrario, DETHLOFF, Nina, LÜDERITZ, Alexander y BEITZKE, Günther: *Familienrecht. Ein Studienbuch*, a cura di Alexander LÜDERITZ, München, 2006, 26.<sup>a</sup> ed., pp. 39 y ss.

estipulación penal para el supuesto de que el matrimonio finalmente no sea concluido<sup>1068</sup>.

De lo anterior, se precisa que el artículo 79 del Código civil establece que la promesa de matrimonio no obliga a contraer el matrimonio, mientras que la Disposición contenida en el BGB<sup>1069</sup> se limita a excluir una acción de condena a la celebración del matrimonio. Si bien, esta diversidad aunque no resulta casual, debido a que la elaboración preparatoria del BGB, tenía como pretensión garantizar el principio de libertad matrimonial con una mayor eficacia respecto a lo establecido por algunas Legislaciones especiales de los Estados que debían integrar el «Reich<sup>1070</sup>», lo cierto es que elimina tanto la acción concretada en la pretensión de la celebración del matrimonio, como el resarcimiento de los daños en la medida del interés positivo.

Por otra parte, de la redacción definitiva del BGB se suscitó el temor de que la exclusión de la obligación civil generase la idea de que del compromiso no naciese ni siquiera el deber moral de unirse en matrimonio<sup>1071</sup>. De ahí, que la formulación de la disposición excluyese la posibilidad de ejercitar una acción de incumplimiento «auf Eingehung der Ehe». Sin embargo, en la actualidad, tanto la doctrina<sup>1072</sup> como la jurisprudencia Germánica continúan entendiendo el compromiso como la producción de una obligación de carácter civil para celebrar el matrimonio privado de la ejecución, pero no por ello de la legalidad que le corresponde.

Frente a la conceptualización alemana en materia de identificación de la naturaleza de la promesa de matrimonio el legislador italiano de 1942,

---

<sup>1068</sup> Vid., WASSERMANN, Rudolf: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in sechs Bänden*, Band 5, *Familienrecht*, Neuwied-Darmstadt, 1981, p. 72.

<sup>1069</sup> Cfr., § 1.297 del BGB.

<sup>1070</sup> [Reino o Imperio].

<sup>1071</sup> Sobre esta argumentación, vid., ACHILLES, Alexander, GERHARD, Albert, e SPAHN, Peter: *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, IV, Berlín, 1987, p. 2; WACKE, Andreas: *Verlöbnis*, in AA.VV., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. V. Familienrecht*, München, 1989, p. 88.

<sup>1072</sup> De esta opinión, entre otros, vid., WACKE, *Verlöbnis...*, *op. cit.*, p. 93; GERNHUBER, *op. cit.*, p. 61. Para una crítica más ampliada, vid., CANARIS, *op. cit.*, pp. 4 y ss.

suprime –con acierto- el adjetivo que contenía el derogado artículo 53 del Código civil de 1865 que calificaba como legal la obligación de contraer matrimonio, por tanto, elimina cualquier duda que pudiese surgir sobre el carácter no vinculante de la promesa y, salva la posibilidad de que se suscite la idea de que de la promesa florezca una obligación de conciencia.

En particular, llama la atención que la doctrina alemana –a diferencia de la italiana- no solo se preste al desarrollo de la elaboración de conceptos como el del «Brautstand<sup>1073</sup>», sino que además admita la posibilidad de establecer acciones independientes que tengan como finalidad la evaluación de dicho *status*<sup>1074</sup>. Esto se justifica en que la pretensión del legislador alemán posiblemente es la de establecer la alegación de una relación jurídica desde la elección de las acciones positivas «Feststellungsklage»<sup>1075</sup>.

También el Código civil suizo<sup>1076</sup> juzga nula la sanción convencional eventualmente estipulada. Solución concordante con la doctrina italiana, en la hermenéutica del artículo 79 del Código civil. Este precepto que es claro en su formulación, niega a la promesa de matrimonio el valor de pacto vinculante y, afirma la radical nulidad entendida como una nulidad de orden público de cualquier acuerdo que prevea ventajas o desventajas para una u otra parte y, cuya finalidad sea la de asegurar el cumplimiento de la promesa –que encuentra su razón de ser en la protección del principio de libertad matrimonial, concebida como un valor fundamental del ordenamiento-.

---

<sup>1073</sup> [Cortejo].

<sup>1074</sup> *Vid.*, es de esta opinión, WACKE, *Verlöbniß...*, *op. cit.*, p. 93.

<sup>1075</sup> Sobre la cuestión de la elección y los límites de la acciones de simple comprobación, *vid.*, ANDRIOLI: *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, pp. 331 y ss.

<sup>1076</sup> *Vid.*, los artículos 90 a 93 contenidos en Código civil suizo, de 10 de diciembre de 1907, en el Capítulo I de la Parte primera *Del Derecho matrimonial*; Título III *Del matrimonio*; Libro II *Del Derecho de familia*. Capítulo que lleva por rúbrica *Del compromiso*.

Solución que también ha sido compartida sustancialmente por el Código civil portugués<sup>1077</sup> y, el español<sup>1078</sup>:

En este sentido, el Código civil portugués, declara la ineficacia del vínculo de la celebración del matrimonio y de las otras indemnizaciones conectadas a la promesa, que prevean causas de resarcimiento para el supuesto de disolución unilateral sin justa causa, aún cuando obedezca a una cláusula penal. También el Código civil español –tras su modificación, en la parte que aquí interesa, por Ley 30/1981, de 7 de julio- establece que la promesa de matrimonio ni producirá obligación de contraerlo, ni de cumplir lo que se hubiese estipulado para el supuesto de su no celebración. De forma que la interpretación tanto de la doctrina dominante como de la jurisprudencia sucesiva a la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, subraya que «el tratamiento de tales negocios –patrimoniales- es la radical ineficacia [...] por lo que su régimen es la nulidad»<sup>1079</sup> y, en consecuencia, tendrá la consideración de nulo y privado de cualquier efecto, cualquier pacto en el que se disponga en sentido contrario lo previsto por la mencionada norma.

Estas disposiciones han sido adoptadas de forma análoga por algunos Códigos tras la Codificación italiana preunitaria<sup>1080</sup>, como son: el Código civil Albertino<sup>1081</sup>, el del Reino de las Dos Sicilias<sup>1082</sup> y, el Parmense<sup>1083</sup>. Estos

---

<sup>1077</sup> Cfr., artículo 1.591 del Código civil portugués, redactado por Ley n. 9/2010, de 31 de mayo de 2010.

<sup>1078</sup> Cfr., artículos 42 y 43. Estos preceptos se encuentran contenidos en el Código civil español (aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889), tras la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, contenidos en un capítulo independiente: *De la promesa de matrimonio*, el primero del nuevo Título IV *Del matrimonio*; del Libro I *De las personas*.

<sup>1079</sup> BADOSA COLL, «Comentarios a los artículos...», 1984, *op. cit.*, p. 114.

<sup>1080</sup> En este sentido, *vid.*, FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 61.

<sup>1081</sup> «Articolo 107. -Qualora gli sponsali siano dichiarati validi dal Giudice ecclesiastico, o non ne sia fra i contraenti contestata la validità, se uno di essi si ricusa di adempiere la fatta promessa, l'altro, ove gli sponsali siano stati contratti nella forma prescritta nel precedente articolo, avrà il diritto di domandare avanti il Tribunale di Prefettura il risarcimento del danno effettivamente sofferto. Non si avrà riguardo ai danni eventuali, come neppure alle clausole penali che si fossero apposte alla stipulazione».

Códigos que presentan expresiones similares, descartan que de la promesa nazca la obligación legal de contraer nupcias o de pagar aquéllo que se hubiera estipulado para el supuesto de incumplimiento y, se limitan únicamente a reconocer el derecho de resarcimiento del daño a favor del promitente al que se le ha negado la celebración del matrimonio, sin justa causa. Esta tendencia seguida por el Código civil de 1865, en la actualidad, ha sido mantenida por el legislador de 1942.

Asimismo, la teoría basada en el carácter no vinculante y, por tanto, incoercible de la promesa ha originado el reconocimiento de un fundamento a la pretensión resarcitoria de la parte dañada o perjudicada y, paradójicamente, esta pretensión aparece más ampliamente reconocida en aquellos sistemas en los que menor fuerza jurídica ha tenido históricamente el instituto del matrimonio<sup>1084</sup>.

En suma, con este cambio de perspectiva se supera la tradicional concepción contractual de los esponsales<sup>1085</sup>. Cambio que iniciado a principios del Siglo pasado en Francia, para tener su tránsito en Italia, requiere de la introducción de la regla de la patrimonialidad prevista en el artículo 1.321<sup>1086</sup> del Código civil.

Particularmente interesante resulta la situación francesa, debido a que a comienzos del Siglo pasado en Francia para el resarcimiento de los

---

<sup>1082</sup> «Articolo 148. -La promessa di matrimonio[...] non produce civilmente alcuna legale obbligazione» ad eccezione della «rifazione del danno a pro della persona che non abbia dato ragionevole motivo a recederne».

<sup>1083</sup> «Articolo 40. -La promessa di unirse in matrimonio, comunque data ed ottenuta, non attribuisce diritto di fare opposizione, e nemmeno obbliga alla esecuzione di ciò, che è stato pattuito in caso di non adempimento. Alla parte, che non diede alcun fondato motivo all'altra di mancare alla promessa, è riservato il solo diritto di farsi risarcire dei danni sofferti».

<sup>1084</sup> *Vid.*, AQUINO e TALLARINA, *op. cit.*, p. 89.

<sup>1085</sup> *Vid.*, OBERTO, «La promessa di...», *op. cit.*, p. 169.

<sup>1086</sup> «-El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellos una relación jurídica patrimonial» Trad.: «-Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale».

daños originados por la ruptura de los esponsales era utilizado el binomio responsabilidad contractual-responsabilidad aquiliana<sup>1087</sup>. Sin embargo, esta teoría aunque encontró su apoyo por parte de la doctrina<sup>1088</sup>, al entender el supuesto carácter negocial de la promesa de matrimonio y, era considerada como una tradición mantenida durante Siglos -en virtud del Derecho común- lo cierto es que asignaba a los esponsales -sin duda alguna- la calificación de contrato.

Por otra parte, se encontraba justificado por un sistema en el que dentro de la noción de contrato se mantuvo extraño el requisito de la patrimonialidad, con la consiguiente imposibilidad de poder establecer en «suo specie contractus», el reproche de ignorar aquel principio fundamental contenido, en la actualidad, en el artículo 1.321 del Código civil. No obstante, más significativo resultó el intento de encubrir un resurgimiento pretencioso de carácter contractual póstumo, concretado en el abuso de los derechos «abus des droits<sup>1089</sup>». El fracaso de este intento se debió, de una parte, a la constatación de que el matrimonio constituía materia «hors du

<sup>1087</sup> En este sentido, DEGNI, afronta la cuestión de la naturaleza de la figura en examen en relación al problema de la naturaleza de la responsabilidad ex artículo 53 del Código civil de 1865 (*vid.*, *Del Matrimonio...*, *op. cit.*, pp. 63 y ss.).

<sup>1088</sup> *Vid.*, entre otros, DEGNI, *Del Matrimonio...*, *op. cit.*, p. 64 e, *Il diritto di famiglia...*, *op. cit.*, pp. 41 y ss.; TEDESCHI, Guido: voce «Matrimonio (Promessa di) (Diritto civile)», in *NNDI*, diretto da Antonio AZARA e Ernesto EULA, X, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1964, pp. 420 y ss. Sobre las referencias a la jurisprudencia de primeros de Siglo que acogía la tesis de la naturaleza contractual de la promesa de matrimonio, *vid.*, FINOCCHIARO, F, «Del Matrimonio...», *op. cit.*, Nt. 4, p. 66. En el sentido de que la responsabilidad en cuestión derivase del incumplimiento del contrato, la Cass. civ., sent. 30 marzo 1949, n. 728, dispone que: «Ai sensi dell'articolo 54 del Codice civile abrogato e 81 di quello vigente, è dovuto il risarcimento dei danni per rottura della promessa di matrimonio solo quando essa sia stata fatta da persona maggiore di età o da minore all'uopo autorizzato, trattandosi in tal caso di danno di natura contrattuale» (in *Rep. Giur. it.*, 1949, voce «Matrimonio», p. 1). En este sentido, FINOCCHIARO, F, añade que esta sentencia «applicò alla promessa di matrimonio i principi relativi all'annullamento del negozio giuridico per violenza morale» («Del Matrimonio...», *op. cit.*, Nt. 4, p. 66).

<sup>1089</sup> En este sentido, JOSSERAND, Louis (en «Le problème juridique de la rupture des fiançailles», in *DH*, 1927, pp. 22 y ss.) dice que la promesa de matrimonio se encuentra representada como un verdadero y propio «contrat synallafmatique», idóneo para dar lugar a una obligación de hacer, pero caracterizado de la presencia de un Derecho de «résiliation unilatérale». Derecho, por otra parte, no absoluto, sino relativo en cuanto son «usage abusif est générateur de responsabilité» y, *vid.*, del mismo autor: *De l'abus des droits*, Paris, 1905, p. 41.

commerce[...] ne peut être l'objet d'une obligation de faire»<sup>1090</sup>; de otra, porque la promesa se reconstruía en términos de negocio con la facultad de disolverla unilateralmente en presencia de graves motivos justificados y, finalmente, por su sometimiento a un control para el caso de abuso que originaba la revisión de los extremos de una condición de carácter potestativo con la consiguiente nulidad plena del contrato<sup>1091</sup>.

En Italia el nuevo Código, ha realizado un profundo estudio de los sponsales en materia de responsabilidad civil que ha comportado de forma inevitable que se ponga en crisis el axioma según el cual cada forma de responsabilidad en cualquier forma conectada a un contrato sería por sí misma un contrato. Y tras la certeza consciente de la no equivalencia de los términos responsabilidad contractual y responsabilidad por incumplimiento, necesariamente, se ha roto el enlace entre el carácter contractual de la promesa y el de la responsabilidad derivada por la ruptura del compromiso que a la doctrina bajo el Código derogado le parecía tan evidente<sup>1092</sup>.

Constatación que ha supuesto un verdadero obstáculo para una reconstrucción de la promesa de matrimonio en términos de negocio, por lo que la afirmación basada en el principio del carácter no vinculante de la promesa, ha madurado de forma paralela a la adquisición de la consciencia de que para la existencia de un negocio jurídico no es suficiente la manifestación de una voluntad, sino que es necesario que esta manifestación sea idónea para vincular a las partes en orden a la relación jurídica que hayan querido establecer<sup>1093</sup>, lo que se encuentra excluido frente a una

---

<sup>1090</sup> ROUAST, André: *Traité pratique de droit civil français*, a cura di Marcel PLANIOL e George RIPERT, II, Le famille, Mariage, Divorce, Filiación, Parigi, 1952, p. 69.

<sup>1091</sup> *Vid.*, HAUSER, Jean et HUET-WEILLER, Daniele: *Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, Paris, 1993, 2.ª ed., pp. 29 y ss.

<sup>1092</sup> *Vid.*, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, pp. 189-190.

<sup>1093</sup> *vid.*, *Ibidem.*



disposición como la contenida en el artículo 79 del Código civil<sup>1094</sup>. Por ello, el reconocido ejercicio de la facultad de poder retirar la promesa limita el mismo reconocimiento del vínculo<sup>1095</sup>.

En el Derecho inglés el acuerdo para contraer nupcias que fue mantenido durante Siglos tradicionalmente gobernado por los principios generales en materia de contrato, con la consecuencia de que la parte incumplidora podía ser demandada en juicio por el incumplimiento del contrato, se caracterizaba por una mayor vinculación de la promesa y una mayor extensión del área de los daños resarcibles. Asimismo, estas acciones se convirtieron más inusuales tras la segunda guerra mundial, síntoma ello de un evidente cambio en la concepción social hasta el punto de ser recomendada su abolición por la *Royal Commission on Marriage and Divorce* en 1952 y la *Law Commission* en 1969. Con posterioridad, en 1970 la posibilidad de proponer acciones por la violación de la promesa, fue excluida de forma textual por la primera Section<sup>1096</sup> del *Law Reform Act*<sup>1097</sup>, al disponer que la promesa de matrimonio no tendría los efectos de un

---

<sup>1094</sup> En particular, TATARANO, dice que «non resta che convenire sull'assurdità di considerare negozio giuridico un atto che è privo dell'effetto di vincolare le parti per l'oggetto convenuto, nel senso che neppure una parte del contenuto programmatico dei nubendi è riconosciuto dalla legge» («Rapporti da promessa...», *op. cit.*, p. 662) e, «La Promessa...», *op. cit.*, pp. 528-529 y, *vid.*, las aportaciones de GANGI, *op. cit.*, p. 54; DE GIORGI, Maria Vita: «La promessa di matrimonio», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fondatori Antonio CICU e Enrico REDENTI, direttore Tito CARNACINI, Dott. A. Giuffré editore, Milano, 1969, pp. 750 y ss. Sobre una definición de la promesa de matrimonio como un negocio jurídico bilateral de contenido preparatorio idóneo para dar una aspiración legítima, similar a una verdadera expectativa de fuente de negocio, *vid.*, CANDIAN, *op. cit.*, pp. 470 y 478; por el contrario, FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, pp. 70 y ss.

<sup>1095</sup> *Vid.*, TRABUCCHI, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 24.

<sup>1096</sup> «-An agreement between two persons to marry one another shall not under the law of England and Wales have effect as a contract giving rise to legal rights and no action shall lie in England and Wales for breach of such an agreement, whatever the law applicable to the agreement».

<sup>1097</sup> Conforme a dicho sistema resulta difícil comprender porqué la doctrina contemporánea, todavía se obstina en presentar la promesa de matrimonio del ordenamiento *common law* del mismo modo que un contrato, cuya vulneración daría lugar a un completo resarcimiento de los daños. Sobre esta materia, *vid.*, GATT, Lucilla: «I doni fatti a causa della promessa di matrimonio: natura giuridica e limiti al diritto di restituzione», in *Riv. dir. civ.*, n. 3, fondata da Walter BIGIANI, diretta da Alberto TRABUCCHI, Cedam, Milani, 1995, Nt. 18, p. 387.

contrato para el Derecho inglés y galés, excluyendo la posibilidad del ejercicio de acciones legales o efectos jurídicos para el supuesto de incumplimiento de la promesa.

En síntesis, no parece correcta la teoría<sup>1098</sup> que pretende conservar la perspectiva contractual, reconstruyendo la promesa de matrimonio de idéntica forma que un negocio<sup>1099</sup>, debido a que ello supondría admitir que las partes, cuando formalizan la promesa contratan no solo para la celebración del matrimonio, sino también para el objeto concreto de reembolso de los gastos efectuados, lo que además de parecer absurdo es contrario a la voluntad de los prometidos<sup>1100</sup>.

También esta evolución se ha dejado entrever en Escocia donde la primera sección<sup>1101</sup> del *Law Reform Act* de 1984, de una parte, niega el carácter vinculante de la promesa de matrimonio, al disponer la imposibilidad de realizar ninguna acción por incumplimiento de promesa o acuerdo y, de otra, excluye su interposición ante cualquier Tribunal en Escocia. De ahí, que en la actualidad, la doctrina<sup>1102</sup> sostenga que la promesa sea considerada como un bien social en lugar de un instrumento jurídico.

En definitiva, las numerosas e importantes reformas realizadas en los últimos años del Derecho de familia no deben tener la consideración de

---

<sup>1098</sup> *Vid.*, en este sentido, la amplia exposición realizada por OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, pp. 185-191.

<sup>1099</sup> Punto en el que DOSSETTI, Giuseppe (en *La formazione progressiva del negozio nel matrimonio canonico*, Bologna, 1954, pp. 50 y 58) añade que «intenso a fondare la responsabilità contrattuale per i danni eventualmente proveniente all'una parte dall'abbandono senza giusta causa da parte dell'altra del progetto di matrimonio fra loro intercorso».

<sup>1100</sup> *Vid.*, NOVARA, *op. cit.*, pp. 14 y ss.

<sup>1101</sup> «-No promise of marriage or agreement between two persons to marry one another shall have effect under the law of Scotland to create any rights or obligations; and no action for breach of any such promise or agreement may be brought in any court in Scotland whatever the law applicable to the promise or agreement».

<sup>1102</sup> Sobre el sistema Escocés, en particular, *vid.*, MESTON et NICHOLS, David: *The Matrimonial Homes (Family Protection) (Scotland) Act*, Edinburgh, 1981, pp. 51 y ss.

numerosas ocasiones perdidas<sup>1103</sup>, con la finalidad de eliminar del Código un residuo del pasado, sino ser entendidas como una respuesta eficaz y equitativa de la realidad, sin duda ajeno a la consciencia social predominante, pero todavía no del todo extinguido<sup>1104</sup>.

## 2. LA PROMESA DE MATRIMONIO Y EL PRINCIPIO DE LIBERTAD MATRIMONIAL: ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 79 DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO

Como se ha dicho, desde los tiempos del Derecho romano el carácter no vinculante de la promesa de matrimonio ha estado relacionado con el principio fundamental de la libertad matrimonial.

Por su parte, los modernos sistemas jurídicos occidentales han otorgado una gran importancia al mencionado principio. Este principio circunscrito de forma taxativa al ámbito de la eficacia de la promesa de matrimonio excluye la posibilidad de exigir el cumplimiento específico de la promesa y, limita *ex lege* los efectos derivados de su ruptura, sin posibilidad por las partes de reforzar las previsiones legislativas en relación a las reclamaciones por indemnización.

En este sentido, la doctrina mayoritaria<sup>1105</sup> es unánime al disponer que la disciplina legislativa dictada en materia de promesa de matrimonio se debe configurar como la garantía plena e incondicional del principio de

<sup>1103</sup> *Vid.*, LOI, Maria Leonarda: voce «Promessa di matrimonio (Diritto civile)», in *Enc. dir.*, XXXVII, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1988, p. 87.

<sup>1104</sup> *Vid.*, AQUINO e TALLARINA, *op. cit.*, p. 89.

<sup>1105</sup> En particular, entre otros, *vid.*, FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, pp. 59 y ss.; OBERTO, voce «La promessa...», *op. cit.*, pp. 399-400 y, «La promessa di...», *op. cit.*, pp. 172-173; TATARANO, «La Promessa...», *op. cit.*, pp. 525-526; TEDESCHI, voce «Matrimonio...», *op. cit.*, p. 420; TRABUCCHI, Alberto: voce «Promessa di matrimonio», in *NNDI*, VI, Torino, 1986, pp. 42 y ss.; UCCELLA, Fluvio: voce «Matrimonio I) (Matrimonio civile)», in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1990, pp. 8 y ss.; ALESSANDRI, Alessandro: «La promessa di matrimonio», in *Le Fonti del Diritto Italiano. I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza. Codice civile*, a cura di Pietro RESCIGNO, T. I, Artt. 1-1753, con il coordinamento di Gianpiero PALO CIRILLO; Vincenzo CUFFARO e Federico ROSELLI, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2008, 8.ª ed., p. 152 y, «La promessa di matrimonio», in *Le Fonti del Diritto Italiano. I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza. Codice civile*, a cura di Pietro RESCIGNO, T. I, Libri I-IV, con il coordinamento di Gianpiero PALO CIRILLO; Vincenzo CUFFARO e Federico ROSELLI, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2005, 5.ª ed., p. 114.

libertad matrimonial estableciendo, a tal efecto, el carácter no vinculante y, por tanto, incoercible de la promesa a la celebración de las nupcias, debido a que como la promesa no es fuente de obligación, no puede ser exigida coactivamente, puesto que su incumplimiento no produce consecuencias distintas de las previstas de forma taxativa por la Ley.

Desde esta perspectiva, la incoercibilidad deriva de la esencia misma del matrimonio fundado sobre el principio de la plena libertad del consentimiento de los contrayentes que existe hasta el momento de la celebración del matrimonio. Por tanto, esta libertad se manifiesta en la libre elección del futuro cónyuge que en el momento de la celebración no puede ser limitada a una promesa, de ahí que el Ordenamiento subraye que la manifestación de su propia voluntad de contraer matrimonio a la otra parte, no producirá efecto coercible alguno, aún en caso de realizarse de forma expresa<sup>1106</sup>.

En la actualidad, este principio –concretado en la salvaguarda de la libertad de matrimonio- reconocido por los Tratados internacionales como un verdadero y propio Derecho de la persona<sup>1107</sup>, se encuentra consagrado en el artículo 16<sup>1108</sup> de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,

---

<sup>1106</sup> Vid., GALLUZZO, Sabina Anna Rita: *Il Diritto della famiglia e dei minori, Famiglia e matrimonio, filiazione e adozione, diritto penale e processo penale minorile*, Il sole 24 hore, 1999, p. 28; FEOLA, *op. cit.*, p. 81.

<sup>1107</sup> Vid., BIANCA, *Diritto civile...*, 2001, *op. cit.*, p. 57; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, pp. 92 y ss.; «La promessa di...», *op. cit.*, p. 172 y, voce «La promessa di matrimonio...», *op. cit.*, p. 399; MESSINA, Mara e SICA, Salvatore: «La promessa di matrimonio», in *Trattato di Diritto di Famiglia diretto da Paolo ZATTI*, Vol. I, *Famiglia e Matrimonio*, a cura di Gilda FERRANDO, Marcella FORTINO e Francesco RUSCELLO, T. I, *Relazioni familiari, Matrimonio, Famiglia di fatto*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2002, p. 42; LOI, voce «Promessa...», *op. cit.*, p. 87.

<sup>1108</sup> Dice el literal del precepto: «-1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. -2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio» Trad.: «1. Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione. Essi hanno eguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento. -2. Il matrimonio potrà essere concluso soltanto con il libero e pieno consenso dei futuri coniugi».

aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948; en el artículo 12<sup>1109</sup> de la Convención Europea de los Derechos Humanos, ratificada en Roma el 4 de noviembre de 1950, y ratificada y aplicada en Italia por Ley de 4 de agosto de 1955 n. 848, precepto que lleva por rúbrica: *Diritto al matrimonio* y, en el artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7-9 de diciembre de 2000 por los tres representantes de la Institución política de la Unión (Parlamento, Consejo y Comisión) e, incluida en la parte segunda del Tratado que establece la Constitución Europea firmada en Roma en octubre del año 2004 (artículo II-69, sobre el Derecho de casarse y constituir una familia) al que el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007 se refiere como un verdadero y propio Catalogo de Derechos.

Además, y por lo concerniente a Italia, conviene precisar que también se encuentra reconocido constitucionalmente por los artículos 2; 29 y 30 de la Carta Constitucional y, de forma adicional -también se encuentra reconocida la absoluta incoercibilidad de la elección de contraer matrimonio- por el artículo 636<sup>1110</sup> del Código civil, que declara la ilicitud de la modificación testamentaria impeditiva del matrimonio<sup>1111</sup>.

---

<sup>1109</sup> «Artículo 12. -Hombres y mujeres, en edad matrimonial, tienen derecho a contraer matrimonio y a formar una familia según las leyes nacionales que regulan el ejercicio de tal derecho» Trad.: «Articolo 12. -Uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo la leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto».

<sup>1110</sup> «-1. Es ilícita la condición testamentaria que impide el primer o ulterior matrimonio» Trad.: «-1. È illecita la condizione testamentaria che impedisce le prime nozze o le ulteriores».

<sup>1111</sup> Sobre una referencia a tal disposición, DI CRISTO, Rosalia (en «La responsabilità da rottura ingiustificata della promessa di matrimonio», in *Le Riviste Ipertestuali, Famiglia, persone e Successioni*, n. 1, UTET Giuridica, Torino, 2011, p. 27) afirma que «l'assoluta incoercibilità della scelta di contrarre matrimonio è ribadita anche dall'articolo 634 dal Codice civile italiano, laddove sancisce l'illiceità dalla condizione apposta alla disposizione testamentaria che impedisca le prime o le ulteriores nozze». También, GALLUZZO, entiende que «secondo l'articolo 634 dal Codice civile italiano la clausola apposta ad un testamento con cui il testatore subordina il lascito alla condizione che il chiamato contragga matrimonio o al contrario non lo contragga é illecita» (*op. cit.*, p. 28) y, *vid.*, en el mismo sentido, LOI, voce «Promessa...», *op. cit.*, Nt. 3, p. 87. Por su parte, en relación a la licitud de la actividad, CARRESI, Franco (en voce «Prossenetico», in *NNDI*, diretto da Antonio AZARA e Ernesto EULA, XIV, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1968, p. 223) entiende

En suma, el artículo 79 del Código civil, conforme a la falta de vinculación y al carácter no obligatorio que presenta la promesa de matrimonio ha sido considerado por la doctrina dominante como un principio de orden público inderogable<sup>1112</sup> –interno o internacional-, cuya finalidad es garantizar la libertad de la persona de acuerdo con el principio de libertad de matrimonio. Sin embargo, esto no es suficiente para concluir que este precepto contenga un principio de orden público equipado además de las garantías constitucionales en los términos antes citados, de la protección prevista por el artículo 2 de la Constitución<sup>1113</sup>. Norma última que ha planteado controversias doctrinales<sup>1114</sup>, debido a que para algunos autores<sup>1115</sup> este principio de orden público se encuentra revestido de la garantía prevista en el artículo 2 de la Constitución, mientras que para

---

que la actividad misma «rientra nello schema del contrato d'opera». *Vid.*, también, LOI, Maria Leonarda: voce «Prossenetico», in *Enc. dir.*, XXXVII, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1988, pp. 438-440; FINOCCHIARO, F., «Del Matrimonio...», *op. cit.*, pp. 87 y ss.; en la perspectiva comparada, STANZIONE, Pasquale: «Matrimonio in Diritto Comparato», in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, XI, UTET Giuridica, Torino, 1994, pp. 307 y ss. Desde el punto de vista jurisprudencial, *vid.*, la Cass. civ., sent. 15 aprile 2009, n. 8941, in *Giur. it.*, 2010, p. 81, con nota di PASQUINI: «La c.d. condizione di contrarre matrimonio dalla liceità alla illiceità».

<sup>1112</sup> *Vid.*, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 172; LOI, voce «Promessa...», *op. cit.*, p. 87; GUASTALLA, Lucchini: «Della promessa di matrimonio», in *Commentario breve al Diritto della Famiglia*, diretto da Alessio ZACCARIA, condirettori delle singole Sezioni Roberta CLERICI, Andrea PUGIOTTO, Vincenzo SCORDAMAGLIA, Stefano TROIANO e Enzo VULLO, CEDAM, Milano, 2008, p. 118; CENDON, Paolo: *Commentario al Codice Civile, artt. 1-455*, Vol. I, UTET Giuridica, Torino, 1991, p. 265; FERRANDO, *op. cit.*, p. 242; DI ROSA, Giovanni: «Della promessa di matrimonio», in *Della famiglia*, a cura di Luigi BALESTRA, artt. 74-176, nell' *Commentario del Codice Civile*, diretto da Enrico GABRIELLI, UTET Giuridica, Torino, 2010, p. 25; SANGERMANO, Francesco: «La rottura della promessa di matrimonio», in *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, a cura di Paolo CENDON, Vol. I, Cedam, Milano, 2004, p. 783.

<sup>1113</sup> Sobre la problemática doctrinal suscitada en torno a la referencia del principio de orden público y su garantía con el artículo 2 del Texto constitucional, *vid.*, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, pp. 94-95.

<sup>1114</sup> Respecto del problema de las relaciones entre libertad matrimonial, matrimonio y familia de hecho (artículo 2 de la Constitución), *vid.*, las aportaciones de OBERTO, Giacomo: *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1991, pp. 36 y ss. y, 53 y ss.

<sup>1115</sup> *Vid.*, OBERTO, «La promessa di...», *op. cit.*, p. 172; SANGERMANO, *op. cit.*, p. 783.

otros<sup>1116</sup> resulta innegable que su referencia se hace evidente en los artículos 29 y 30.

En definitiva, el principio de libertad matrimonial constituye el fondo sobre el que se asienta la disciplina del instituto de la promesa de matrimonio prevista por los artículos 79 a 81 del Código civil de 1942.

Asimismo, dichos preceptos contienen cuatro reglas dictadas en torno a este tema. En este punto, conviene precisar que las dos primeras - estrechamente conectadas la una con la otra-, de una parte, tutelan de forma respectiva de modo directo o indirecto la libertad matrimonial y, de otra, hacen referencia a la inexistencia de vinculación jurídica de la promesa, contenida en el artículo 79 del Código civil.

En este sentido, la primera de carácter directo y absoluto no obliga a los sujetos a contraer matrimonio -con independencia, tanto de la forma en que dicha promesa haya sido expresada como de los motivos que obliguen a una de las partes a retirar la promesa realizada- y, por tanto, no produce obligación jurídica para contraer las mencionadas nupcias. Mientras que la segunda regula de forma indirecta la misma libertad, al ser configurada como un refuerzo de la anterior, ya que dispone la no obligatoriedad de las partes a continuar aquéllo que hubieran convenido para el supuesto de incumplimiento de la promesa.

---

<sup>1116</sup> En este sentido, LOI dice que: «Della sua rilevanza quale diritto fondamentale della persona possono considerarsi chiare conferme, implicite ed esplicite, le norme costituzionali di cui negli articoli 29 e 30» (voce «Promessa...», *op. cit.*, Nt. 3, p. 87). En la misma línea, se pronuncia el Trib. Reggio Calabria, Sez. II, sent. 12 agosto 2003, in *Giur. Merito.*, 2004, p. 282. También, FINOCCHIARO, F, añade que la dicción del artículo 2 de la Constitución, sería demasiado genérica para poder referirse a la situación en examen. Siendo sus términos los siguientes: «Da una parte, l'articolo 29 della Carta Costituzionale considera il matrimonio non come un negozio ma come rapporto già formato e, dall'altra, crediamo che non sia agevole collocare il principio della libera determinazione alle nozze fra quei «Diritti inviolabili dell'uomo» che la «Repubblica riconosce e garantisce», secondo l'ampia generica, dizione dell'articolo 2 della Carta» («Del Matrimonio...», *op. cit.*, p. 81). En la misma línea, TATARANO califica el precepto de «demasiado vago», parargumentado en idéntico sentido lo argüido por FINOCCHIARO. Asimismo, añade que esta confirmación viene dada por el legislador de 1975, conforme al cual, no considera que la Carta Constitucional trate, en este sentido, ninguna directiva nueva en esta materia (*vid.*, «La Promessa...», *op. cit.*, p. 526) e, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, p. 652.

## A. Repercusión en el Derecho Internacional Privado

En términos del Derecho internacional privado -conforme a las limitaciones antes mencionadas- el principio de la libertad matrimonial sería de orden público únicamente en relación a aquéllas acciones directas cuya finalidad se concreté en la obligatoriedad del cumplimiento de la celebración del matrimonio, mientras que no tendría tal consideración en relación al ejercicio de cualquier otro medio legal cuyo objeto fuese lograr de forma indirecta la misma finalidad<sup>1117</sup>.

En suma, para el legislador italiano serían ineficaces las eventuales normas extranjeras que previesen la aplicación a la promesa de matrimonio de una cláusula penal o, de una garantía o señal dada como formas legítimas de coacción al cumplimiento<sup>1118</sup>. Mientras que, por el contrario, ninguna perplejidad plantearían las eventuales disposiciones que previesen un resarcimiento más amplio de aquél contenido por el artículo 81 del Código civil<sup>1119</sup> siempre relacionado con el daño efectivamente sufrido, debido a que en caso contrario, nuevamente se sacrificaría la libertad de las partes de disolver el compromiso de celebrar el matrimonio<sup>1120</sup>.

---

<sup>1117</sup> *Vid.*, en este sentido, las aportaciones de FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, pp. 81 y ss.

<sup>1118</sup> *Vid.*, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, pp. 94-95. Por el contrario, TATARANO, «La Promessa...», *op. cit.*, pp. 526-527. Y, en orden a esta problemática, *vid.*, MONACO, Riccardo: *L'efficacia della legge spazio (Diritto internazionale privato)*, UTET Giuridica, Torino, 1964, pp. 155 y ss.

<sup>1119</sup> Por su parte, FINOCCHIARO, F, distingue entre ruptura culpable y no culpable, si bien sostiene que al primer caso le serían de aplicación las normas extranjeras que previesen el pago de una pena o la pérdida de la garantía o señal dada y, también aquellas normas que previesen un resarcimiento mayor del previsto por el artículo 81 del Código civil, mientras que en el segundo caso entiende que no sería posible por falta de conexión entre el Derecho italiano y el extranjero, por lo que concluye que «non attribuendo le norme di Diritto internazionale privato alcuna rilevanza alla promessa di matrimonio come tale, ne al suo eventuale inadempimento senza colpa» («Del matrimonio...», *op. cit.*, pp. 81 y ss.) y, *vid.*, ALESSANDRI, «La promessa...», 2008, *op. cit.*, p. 152 y, «La promessa...», *op. cit.*, 2005, p. 114.

<sup>1120</sup> En el mismo sentido, MORELLI, Gaetano (en *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 1962, 7.<sup>a</sup> ed., p. 96) afirma que: «Indubbiamente contraria all'ordine pubblico sarebbe una norma straniera che ammettesse il matrimonio forzato come



Por otra parte, conforme al carácter fundamental de los gastos que presenta el resarcimiento derivado de la ruptura de la promesa previsto por el Derecho italiano, la aplicación de las normas extranjeras que prevean indemnizaciones de mayor cantidad también se deberán realizar con la pretensión de obtener un resultado moderado, teniendo presente -como establece el artículo 81 del Código civil- las condiciones de las partes<sup>1121</sup>.

En definitiva, la promesa de matrimonio regulada por el artículo 79 del Código civil, realmente como tal, no crea ninguna de estas relaciones jurídicas que con arreglo a los dos artículos sucesivos se producen únicamente en presencia de casos más complejos<sup>1122</sup>. De modo que hasta la efectiva ruptura no produce ningún tipo de relación jurídica entre las partes y, en consecuencia, la existencia de la promesa no puede ser objeto de acción, ni siquiera a nivel de mera comprobación.

## B. Problemas aplicativos del Artículo 79 del Código civil

Dice el artículo 79 del Código civil: «[...] ni a ejecutar lo que fue acordado para el caso de incumplimiento».

Conforme al tenor literal del texto del precepto, la promesa de matrimonio no produce ningún efecto vinculante, imposibilitándose su imposición de forma coactiva. De ahí que para el legislador sea nula la cláusula penal, la garantía o señal dada y, las garantías personales tendentes a influir en la libre determinación de los futuros esposos<sup>1123</sup>. Por ello, la

---

conseguenza della promessa: e lo sarebbe forse anche la norma che obbligasse il promittente ad eseguire quanto avesse convenuto per il caso di non adempimento. Non sembra invece che possa dirsi altrettanto delle norme straniere che riconoscono il diritto al risarcimento dei danni in misura più estesa di quella ammessa dalla nostra legge [artt. 81 dal Codice civile], una volta che il Diritto al risarcimento, sia pure entro ristretti limiti, è dalla nostra legge riconosciuto».

<sup>1121</sup> En esta línea, *vid.*, DE NOVA, Rodolfo: voce «Matrimonio (Promessa di) (Diritto internazionale privato)», in *NNDI*, diretto da Antonio AZARA e Ernesto EULA, X, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1964, pp. 426-427.

<sup>1122</sup> *Vid.*, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 96.

<sup>1123</sup> Así, entre otros, *vid.*, TATARANO, «La Promessa...», *op. cit.*, p. 526; TRABUCCHI, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 8; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 97 y, voce «La promessa di matrimonio...», *op. cit.*, p. 399; FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op.*

previsión de una cláusula penal en una promesa con la pretensión de establecer la cuantía indemnizatoria para el supuesto de que ésta no haya sido realizada, no produce efecto vinculante alguno. Estableciéndose la misma solución respecto de la garantía o señal dada a propósito de la promesa de matrimonio<sup>1124</sup>.

Por el contrario, mayor perplejidad ha suscitado en Italia el supuesto de que la obligación de resarcimiento del daño seguida del incumplimiento de la promesa sea asumida por un tercero.

Supuesto en el que aunque tanto la jurisprudencia<sup>1125</sup>, como parte de la doctrina<sup>1126</sup> entienden nulo el pacto acordado, debido a que la teoría de la nulidad, en principio, parece amparada por el literal derivado del uso de la forma impersonal «[...] si fosse convenuto»<sup>1127</sup>, lo cierto es que esta teoría

---

*cit.*, p. 83; FEOLA, *op. cit.*, p. 91; DI CRISTO, *op. cit.*, p. 27; ALESSANDRI, «La promessa...», 2008, *op. cit.*, pp. 152-153 y, «La promessa...», 2005, *op. cit.*, p. 114; DI ROSA, *op. cit.*, p. 26. Sobre las indicaciones de afinidad de la solución Romana de la época clásica respecto de la moderna legislación, *vid.*, TATARANO, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, Nt. 3, p. 650.

<sup>1124</sup> Tanto doctrina como jurisprudencia son concordantes en afirmar la nulidad de la cláusula penal y, la garantía o señal dada con ocasión de la promesa de matrimonio, estableciendo ésta como una coacción indirecta a la libertad de consentimiento de los contrayentes. Esta afectación de la sanción prevista por el artículo 79 del Código civil, viene establecida, entre otras, por las App. L'Aquila, 8 marzo 1957, in *GC.*, 1957, Nt. 61, p. 572; App. Napoli, sent. 13 febbraio 1974, in *Rep. FI*, 1976, p. 2110. En el mismo sentido, desde el punto de vista doctrinal, *vid.*, las aportaciones de FINOCCHIARO, Francesco: «Nullità della caparra come negozio accessorio alla promessa di matrimonio», nota a la App. Napoli, sent. 13 febbraio 1974, *op. cit.*, p. 2110 y, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 62; TATARANO, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, p. 651; por el contrario, AZZARITI, Francesco Saverio; MARTINEZ Giovanni e AZZARITI, Giuseppe: *Diritto civile italiano*, I, Padova, 1943, p. 431.

<sup>1125</sup> Desde el punto de vista jurisprudencial, la teoría de la nulidad se encuentra sostenida, entre otras, por la Sentencia de la App. Napoli, 13 febbraio 1974, *op. cit.*, p. 2110, *op. cit.*, c. 168.

<sup>1126</sup> Así, DEGNI, sostiene que «la coartazione indiretta al matrimonio può derivare anche dall'obbligazione assunta dal terzo e che la clausola penale nulla, quali obbligazioni accessoria di un'obbligazione principale (quella di contrarre matrimonio nulla)» (*Del Matrimonio...*, *op. cit.*, pp. 83 y ss.) y, *vid.*, FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, pp. 85-86.

<sup>1127</sup> En este sentido, *vid.*, SANTOSUOSSO, Fernando: «Delle persone e della famiglia. Il matrimonio», *nel Commentario del codice civile*, redatto a cura di Magistrati e Docenti, Libro I, T. I, UTET Giuridica, Torino, 1981, p. 27.

podría sucumbir frente a la conclusión opuesta que sostiene que la promesa no es contraria con la *ratio* contenida en el precepto. *Ratio* que se concreta en la protección de la libertad matrimonial<sup>1128</sup>. Esta teoría aboga por la posible superación de la nulidad, siempre que en dicho acuerdo o pacto se bareme la posibilidad de considerar la donación como verdadero y propio regalo sujeto a condición cuando subsista un evidente espíritu de generosidad, de conformidad con la Ley<sup>1129</sup>.

También, en el Derecho Italiano desde la óptica de la atribución condicionada se plantea la hipótesis del supuesto de promesa efectuada por uno de los promitentes o por un tercero consistente en el pago de una suma de dinero a la parte abandonada para el caso de que finalmente el matrimonio no se celebre.

Sin embargo, este supuesto no ha originado discrepancias doctrinales<sup>1130</sup> al ser considerado a todos los efectos válido, puesto que con

---

<sup>1128</sup> Sobre la validéz del acuerdo, entre otros, DE GIORGI afirma que «tale patto non influisce sulla volontà degli sposi» (*op. cit.*, p. 763) y, TRABUCCHI, dice que «una previsione del genere di quella espressa nella formula ti darò cento se ti arriverà di essere abbandonato dal promittente può essere vista come un contributo alla libertà del beneficiario contro il peso di circostanze che lo inducessero invece al matrimonio contro voglia per non correre le conseguenze dell'abbandono» («Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 9) y, *vid.*, SANTOSUOSSO, «Il matrimonio...», *op. cit.*, pp. 10-11. Desde el punto de vista jurisprudencial, en la Sentencia de la App. Napoli, 18 dicembre 1915, se ha reconocido «valido il suddetto patto, con il quale un terzo promette alla fidanzata di un altro una determinata somma, per il caso che costui non mantenga la promessa di matrimonio» (in *Giur. it.*, 1916, I, 1, c. 380).

<sup>1129</sup> En este sentido, JEMOLO, entiende como válida la obligación asumida por el tercero «sottoposta a condizione se ti avverrà di essere abbandonata dal fidanzato (o viceversa)» (*Il matrimonio...*, *op. cit.*, p. 67). También, entre otros, *vid.*, FERRANDO, *op. cit.*, pp. 242-243; CENDON, Paolo: *Diritto di famiglia. Il matrimonio. Il Diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Paolo CENDON, UTET Giuridica, Torino, 2000, p. 77 y, *Comentario...*, *op. cit.*, p. 265; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 97 y, voce «La promessa di matrimonio...», *op. cit.*, p. 399; ALESSANDRI, «La promessa...», 2008, *op. cit.*, p. 153 y, «La promessa...», 2005, *op. cit.*, p. 114; DI ROSA, *op. cit.*, p. 26.

<sup>1130</sup> *Vid.*, en doctrina, esta cláusula es confirmada, entre otros, por OBERTO, *I regimi patrimoniali...*, *op. cit.*, pp. 197 y ss., y, voce «La promessa si matrimonio...», *op. cit.*, pp. 399-400; BASINI, Giovanni Francesco: *Le promesse premiali*, Dott. A. Giuffré editore, Milano, 2000, pp. 58 y ss. También en [D. 23, 1, 71, 1] se refleja que una indicación que en tal sentido, parece provenir del Derecho romano. Dicho fragmento se presentaba en los siguientes términos: «Titio centum relicta sunt ita, ut Maeviam uxorem, que viduam est, ducat: conditio non remittetur; et ideo nec cautio remittenda est. Huic sententiae non refragatur, quod si quis pecuniam promittat, si Maeviam uxorem non ducat, Praetor

esta cláusula -conocida como <prémiale>- la ejecución del compromiso a contraer las nupcias se presenta como un estímulo -con la finalidad de respetar el compromiso asumido- basado en la otorgación de un premio y, no como la garantía de la presencia de una forma de coacción jurídica –es decir, no se configura en sí misma como una limitación del principio de libertad matrimonial-. De modo que el comportamiento de los promitentes no se transforma en una obligación, sino que se constituye simplemente como un elemento condicionante en la atribución de los efectos patrimoniales de la libre promesa.

En definitiva, el legislador italiano con este precepto establece la figura de la promesa de matrimonio, con la finalidad de excluir, tanto el compromiso jurídico como la validez de la cláusula penal o de cualquier otro pacto<sup>1131</sup> que pueda vincular a las partes a contraer el matrimonio. De ahí que esta institución se configure como un acto social en el que se exterioriza la seria intención de las partes de contraer matrimonio. Acto del que surge el deber moral y social de comportarse de acuerdo a dicha intención<sup>1132</sup>.

---

actionem denegat: aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud ad matrimonium certa lege invitari» Trad.: «Se le dejaron ciento á Ticio para que tomase por mujer á Mevia, que es viuda; no se dispensará la condición y por lo tanto tampoco se ha de dispensar la caución. A esta opinión no se opone que el Pretor deniegue la acción, si alguno prometiera dinero, si no tomase por mujer á Mevia; porque una cosa es que con el temor de la pena se quite la libertad de elegir matrimonio, y otra que se invite al matrimonio con cierta condición» [D. 23, 1, 71, 1 (PAPINIANUS, *libro XVII, Quaestionum*)] (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil...*, Primera parte, Digesto, T. II, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892, *op. cit.*, p. 728).

<sup>1131</sup> En cuanto a la invalidéz de la garantía matrimonial, *vid.*, FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 83. Como precedente jurídico relativo a una garantía de cambio de la estipulación de matrimonio, *vid.*, la Sentencia de la App. Napoli, 13 febbraio 1974, *op. cit.*, p. 2110.

<sup>1132</sup> *Vid.*, BIANCA, Massimo: *La famiglia. Estratto per i corsi universitari dalla quarta edizione del Diritto civile*, Vol. II, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2005, p. 57; FERRANDO, *op. cit.*, pp. 240-241.

### 3. LA FORMALIDAD DE LA PROMESA DE MATRIMONIO: EN PARTICULAR. SU IDENTIFICACIÓN CON EL COMPROMISO FORMAL

Como ya se ha dicho, la promesa de matrimonio se configura como una declaración bilateral mediante la que los promitentes se prometen uno con el otro –recíprocamente-, con la finalidad de contraer matrimonio. Este acto que raramente origina el compromiso, como norma general, representa un tiempo de maduración de las partes, con la pretensión de adquirir la responsabilidad necesaria para la ulterior celebración de las nupcias<sup>1133</sup>.

En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia<sup>1134</sup> al sostener que esta promesa se identifica de idéntica forma que la costumbre social con

<sup>1133</sup> De esta opinión, entre otros, *vid.*, TATARANO, «La Promessa...», *op. cit.*, p. 525; SESTA, Michele: *Diritto di Famiglia*, Cedam, Milano, 2005, 2.ª ed., p. 9; NOVELLA BUGETTI, Maria: «La responsabilità per seduzione con promessa di matrimonio», in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di Michele SESTA, UTET Giuridica, Torino, 2008, p. 27; PESCATORE, Gabriele, e RUPERTO, Cesare: *Codice Civile annotato con la giurisprudenza della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e delle Giurisdizioni Amministrative Superiori*, T. I (artt. 1-1469 bis), Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2007, 14.ª ed., p. 123; ALPA, Guido e GAROFOLI, Roberto: *Codice Civile Annotato con la giurisprudenza. Aggiornato al Decreto Legislativo approvato il 1 agosto 2008 recante modifiche in tema di s.p.a.*, Nel diritto editore, 2008, p. 81; FINOCCHIARO, Alfio: «Del matrimonio, artt. 79-83», nella *Nuova rassegna di giurisprudenza sul Codice Civile*, 1998-2000, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1994, p. 679 y, «Della promessa di matrimonio», nella *giurisprudenza sul Codice civile coordinata con la dottrina*, Libro I, *Delle persone e della famiglia*, T. II (artt. 79-149), a cura di Alfio FINOCCHIARO, diretta di Cesare RUPERTO, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2005, p. 674.

<sup>1134</sup> Desde el punto de vista jurisprudencial y para una definición más concreta, la Sentencia de la Cass. civ., Sez. I, 2 maggio 1983, n. 3015, establece que: «La promessa di matrimonio, contemplata dagli art. 79-81 Codice civile, si identifica, alla stregua del costume sociale, nel cosiddetto fidanzamento ufficiale, e sussiste, cioè, quando ricorra una dichiarazione espressa o tacita, normalmente resa pubblica nell'ambito della parentela, delle amicizie e delle conoscenze, di volersi frequentare con il serio proposito di sposarsi, affinché ciascuno dei promessi possa acquisire la maturazione necessaria per celebrare responsabilmente il matrimonio, libero restando di verificare se questa venga poi conseguita in se stesso e nell'altro e di trarne le debite conseguenze. Nell'ambito di detta promessa, si distingue quella di tipo solenne, di cui all'articolo 81 dal Codice civile italiano, soggetta a determinati requisiti (vicendevolezza, capacità di agire dei promittenti, atto pubblico o scrittura privata o richiesta di pubblicazioni di matrimonio), e produttiva di una situazione di affidamento, fonte di possibile responsabilità risarcitoria, da quella di tipo semplice, non soggetta ad alcun requisito di capacità o di forma, qualificabile come mero fatto sociale, e non produttiva di alcun effetto giuridico diretto, tenuto conto che la restituzione dei doni, prevista dall' articolo 80 dal Codice civile italiano, non deriva dalla promessa, ma dal mancato seguito del matrimonio» (in *Dir. Fam. e Pers.*, 1983, p. 916, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, p. 1370). Y, *vid.*, las aportaciones de LISELLA, Gaspare: «Promessa

el denominado «compromiso oficial»<sup>1135</sup>, teniendo lugar cuando medie una declaración –ya expresa ya tácita- realizada de forma pública en el ámbito familiar de los amigos o conocidos de las partes de quererse frecuentar con el serio propósito de contraer matrimonio, con la finalidad de adquirir la maduración necesaria para celebrar con la responsabilidad requerida el matrimonio.

Por cuanto atañe al ámbito de aplicación de esta promesa de matrimonio, conviene precisar que las partes deberán ser conscientes en todo momento de su no obligatoriedad a la celebración de las nupcias en caso de no reunir los presupuestos necesarios. De ahí que de la promesa no surja -conforme al Ordenamiento- la obligación legal de las partes a contraer el matrimonio proyectado y, en consecuencia, esta decisión siga siendo totalmente libre<sup>1136</sup>.

En síntesis, la promesa de matrimonio no configura una relación prolongada privada de connotaciones –como serían aquellos supuestos en los que medié una relación amorosa incluso prolongada en el tiempo, pero sin que haya mediado promesa alguna<sup>1137</sup>-, debido a que ni producirá entre las partes derechos de ningún tipo, ni comportará para el supuesto de su interrupción responsabilidad jurídica.

---

semplice di matrimonio e restituzione dei doni: aspetti problematici»; in *Rass. Dir. Civ.*, 1984, I, p. 270.

<sup>1135</sup> *Vid.*, sobre esta materia, las argumentaciones de DI ROSA, *op. cit.*, Nt. 10, p. 24.

<sup>1136</sup> *Vid.*, GUASTALLA, *op. cit.*, p. 119; MERZ, Sandro, CARBONI, Noemi, MARTORANA, Giovanni e SGUOTTI, Paolo: *Manuale pratico e Formulario del Diritto di Famiglia*, Cedam, Milano, 2009, p. 9; AULETTA, Tommaso: *Il Diritto di Famiglia*, G. Giappichelli editore, Torino, 2008, 9.ª ed., p. 27.

<sup>1137</sup> *Vid.*, DI ROSA, *op. cit.*, p. 24. En jurisprudencia, la Sentencia de la Cass. civ., 29 novembre 1986, n. 7064, establece que: «Una relazione amorosa, sia pure prolungata, che sia stata intessuta senza promessa di matrimonio, non è idonea a produrre fra le parti diritti di alcun genere né comporta, in caso di interruzione, una qualsiasi giuridica responsabilità, in quanto essa sorge, si svolge e cessa con i connotati di una permanente ed ilimitata libertà reciproca ed è soltanto questa che, come estrinsecazione della persona, acquista rilevanza nel mondo del diritto, restando ogni altra implicazione affidata al campo dei doveri morali e sociali» (in *Foro It.*, 1987, I, p. 805).

En definitiva, esta figura se configura como una relación inspirada en la libertad recíproca de las partes cuyas únicas consecuencias se reducen en las provenientes de los deberes morales y sociales.

#### A. La forma de la Promesa de matrimonio

Este encuadramiento admite -menos *prima facies*- establecer un *mínimum* de requisitos de carácter objetivo que permiten analizar dicha situación. En este sentido, se observa la existencia de una doble definición de la promesa de matrimonio -ambas jurídicamente relevantes-.

De una parte, la promesa de tipo solemne a la que se refiere el artículo 81 del Código civil que requiere de la existencia de determinados requisitos. Como son: la reciprocidad; la capacidad de actuación de las partes; el acto público o escritura privada y, la solicitud de publicación del matrimonio. Además, de ser fuente -conforme a la solemnidad que reviste- de una posible responsabilidad resarcitoria para el supuesto de su incumplimiento<sup>1138</sup>; De otra, aquella otra de tipo simple ni sujeta a requisito de capacidad o de forma alguno -calificada de mero hecho social-, ni productiva de ningún efecto jurídico directo. En este sentido, la restitución de las donaciones o regalos a que alude el artículo 80 deriva de la imposibilidad de celebrar el matrimonio<sup>1139</sup> -aspecto que ha sido precisado por la Corte di Cassazione<sup>1140</sup>- y, no de la promesa.

---

<sup>1138</sup> Vid., ALESSANDRI, «La promessa...», 2008, *op. cit.*, p. 153 y, «La promessa...», 2005, *op. cit.*, p. 114.

<sup>1139</sup> Vid., GUASTALLA, *op. cit.*, p. 119; MERZ, CARBONI, MARTORANA e SGUOTTI, *op. cit.*, p. 9; NOVELLA BUGETTI, *op. cit.*, p. 10; FINOCCHIARO, A, «Della promessa...», *op. cit.*, p. 674; ALESSANDRI, «La promessa...», 2008, *op. cit.*, p. 153 y, «La promessa...», 2005, *op. cit.*, p. 114; DI ROSA, *op. cit.*, p. 25.

<sup>1140</sup> En esta línea, la Sentencia de Cass. civ., Sez. I, 2 maggio 1983, n. 3015, dice que: «L'articolo 80 dal Codice civile italiano, in tema di restituzione dei doni fra fidanzati qualora la promessa di matrimonio (ancorché non avvenuta nella forma solenne di cui all' articolo 81 dal Codice civile) non abbia avuto seguito, si riferisce a quei doni che siano stati fatti, e sia uso fare, per il solo fatto di considerarsi fidanzati, e che non potrebbero trovare altra plausibile giustificazione all'infuori della promessa (quali, ad es., piccoli oggetti d'oro, come fedine, anelli, madaglie, ecc.): tali doni, che trovano fonte nella consuetudine, non nascono da un contratto, nè, in particolare, da un contratto di donazione (a differenza della donazione obnuziale prevista dall' articolo 785 dal Codice civile, e sottoposta alla

En suma, la promesa simple confiere al prometido la facultad de solicitar la restitución de los regalos dados como consecuencia de la promesa de matrimonio realizada, mientras que la promesa solemne únicamente obliga al resarcimiento de los daños por el prometido que sin justo motivo decide incumplirla o, que con su comportamiento culpable da justo motivo –a la otra parte- de negarse a realizarla.

En definitiva, con el artículo 81 del Código civil se subordina el inicio de los efectos resarcitorios a formas particulares de oficialidad de la promesa y a la existencia de determinados requisitos de capacidad por los prometidos, de forma que la promesa de matrimonio debe ser solemne, mientras que de forma diversa el artículo 80 no dispone nada a este tenor, por lo que se considera suficiente, conforme al silencio que presenta la norma, la realización de una promesa simple -unilateral o recíproca, realizada con una declaración expresa o «per facta concludentia<sup>1141</sup>», en el caso de menores<sup>1142</sup>-, pero de carácter serio<sup>1143</sup>.

---

condizione del verificarsi del matrimonio), non richiedono alcuna forma o requisito di capacità e producono effetti definitivi a prescindere dalla circostanza che i promittenti abbiano, o meno, già deciso se e quando sposarsi, o quale regime patrimoniale assegnare alla futura famiglia; detti effetti, peraltro, in applicazione del cit. articolo 80 dal Codice civile, possono essere rimossi, ove non sia seguito il matrimonio, in base ad una facoltà di revocazione dell'atto di liberalità, che spetta indipendentemente dal fatto che il revocante sia, o meno, causa della rottura degli sponsali» (*op. cit.*, p. 916, *op. cit.*, p. 1370). También, FINOCCHIARO, F, considera «la promesa semplice un mero fatto sociale» («Del matrimonio..., *op. cit.*, p. 106).

<sup>1141</sup> Este supuesto, entre otras, que ha sido previsto por la Sentencia del Trib. Roma, 5 febbraio 1979, en ella se estableció que la existencia del compromiso pueda, en tal sentido, inferirse de la comida entre las respectivas familias de los novios y de la entrega y aceptación de los clásicos anillos del compromiso. Dice textualmente la mencionada sentencia: «L'avvenuta promessa di matrimonio ben può desumersi dal pranzo fra le rispettive famiglie dei fidanzati, dagli scambi di doni e dalla consegna ed accettazione dell'anello di fidanzamento» (in *Dir. Fam. e Pers.*, 1979, p. 795) y, por la App. Torino, 27 maggio 1953, conforme a la cual: «La promessa scritta di matrimonio può risultare anche dalla corrispondenza fra gli interessati, non occorre che risulti da scritto contestuale, ma deve dallo scritto risultare la vicendevolezza» (in *Rep. FI.*, 1953, p. 1473). Asimismo, GUASTALLA, sostiene que se puede asumir esta relevancia por la correspondencia entre los interesados. Correspondencia que debe poner de manifiesto el carácter recíproco de la relación emocional-afectiva existente entre las partes (*vid.*, *op. cit.*, p. 119).

<sup>1142</sup> Así, SESTA, *op. cit.*, p. 43.



## B. La libertad de consentimiento

El artículo 79 del Código civil dada la importancia del matrimonio y la gravedad de sus consecuencias: De una parte, garantiza a las partes -en presencia de una promesa de carácter solemne o de una promesa de carácter simple- la plena libertad de consentimiento para la celebración del matrimonio; De otra, niega la posibilidad de que de su incumplimiento se deriven consecuencias patrimoniales diversas de las previstas -de forma taxativa- en los artículos 80 y 81, teniendo en cuenta que en todas las demás hipótesis las obligaciones derivadas de la promesa no son coercibles<sup>1144</sup>.

En suma, será nula la garantía o señal acordada por las partes como negocio accesorio a la promesa de matrimonio<sup>1145</sup> y, nulo y carente de validez todo pacto cuya pretensión sea limitar la plena libertad de consentimiento de las partes.

## II. LA RESTITUCIÓN DE LAS DONACIONES

### 1. LA NATURALEZA DE LAS DONACIONES REALIZADAS A CAUSA DE LA PROMESA DE MATRIMONIO

El párrafo primero del artículo 80 del Código civil, dice que: «El promitente puede demandar la restitución de lo donado a causa de la promesa de matrimonio, si esto no fue acordado».

---

<sup>1143</sup> *Vid.*, NOVELLA BUGETTI, *op. cit.*, p. 28; MERZ, CARBONI, MARTORANA e SQUOTTI, *op. cit.*, p. 10.

<sup>1144</sup> *Vid.*, en esta línea, la Sentencia de la App. Napoli, 13 febbraio 1974, *op. cit.*, p. 2110. Desde el punto de vista de la doctrina, *vid.*, MERZ, CARBONI, MARTORANA e SQUOTTI, *op. cit.*, p. 10; FINOCCHIARO, A, «Della promessa...», *op. cit.*, p. 671; CENDON, Paolo: *Codice Civile Annotato, artt. 1-1172*, a cura de Paolo CENDON, UTET Giuridica, Torino, 1995, p. 171.

<sup>1145</sup> En este sentido, la Sentencia de la App. Napoli, 13 febbraio 1974, ha afirmado que «è nullo il contratto con il quale taluno, a garanzia della promessa di matrimonio, versi all'altra parte una somma di denaro ed emetta a favore di lei cambiali, avallate da terzi, con l'intesa che il denaro e i titoli restino in deposito per un termine determinato, trascorso il quale, ove il promittente rifiuti il consenso al matrimonio, il denaro passi in proprietà dell'altra parte, autorizzata, altresì ad azionare le cambiali» (*op. cit.*, p. 2110). En doctrina, *vid.*, FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, pp. 82 y ss.; FINOCCHIARO, A, «Della promessa...», *op. cit.*, p. 675.

Esta disposición introducida por el legislador de 1942, se configura como una novedad respecto del derogado Código civil de 1865 donde en ausencia de una disciplina *ad hoc*, la hipótesis de las donaciones realizadas con ocasión de un compromiso se encontraban subsumidas dentro del supuesto de las donaciones obnupciales o *propter nuptias*<sup>1146</sup>, con la consecuencia de que su entrega era considerada como una condición de carácter previo a la celebración del futuro matrimonio<sup>1147</sup>.

Con esta innovación el legislador italiano resuelve, de una parte, la cuestión suscitada bajo el Código civil anterior, referida a la disciplina de la unidad relativa de aplicación a las donaciones realizadas entre los prometidos de las reglas establecidas para las donaciones obnupciales o *propter nuptias* del derogado artículo 1.068 del Código civil de 1865; De otra, proporciona la reformulación de la regla de origen francés contenida en el Capítulo III del Título II del Libro II, en materia de donación obnupcial, con la finalidad de que queden incluidas, expresamente, las donaciones realizadas «[...] dagli sposi tra di loro [...]» del vigente párrafo primero del artículo 785<sup>1148</sup> del Código civil.

---

<sup>1146</sup> Dice el artículo 1.068 del Código civil italiano de 1865 «-Cualquier donacion basada en un matrimonio futuro, queda sin efecto si no se realizase el mismo. -Lo mismo tiene lugar si el matrimonio se anulase; pero la donación en lo relativo á los hijos, queda en vigor en los casos expresados en el art. 116, sin perjudicar, sin embargo de esto, los derechos los derechos adquiridos por terceros en el tiempo intermedio» (AGUILERA Y VELASCO, *op. cit.*, p. 165) Trad.: «-Qualunque donazione fatta in riguardo di futuro matrimonio è senza effetto, se il matrimonio non segue. - Lo steso ha luogo se il matrimonio è annullato; ma la donazione in quanto riguarda i figli rimane efficace nei casi espressi nell'articolo 116, e sono pur salvi i diritti acquistati dai terzi nel tempo intermedio» (*Codice Civile del Regno... op. cit.*, p. 259).

<sup>1147</sup> *Vid.*, MESSINA e SICA, *op. cit.*, p. 45; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, pp. 107 y ss.

<sup>1148</sup> Dice el citado párrafo: «-La donación hecha en relación de un futuro matrimonio determinado (165 y siguientes, 437), ya sea por los esposos entre sí, ya sea por otras personas a favor de uno o de ambos cónyuges o de los hijos nacidos de estos, se perfecciona sin necesidad de que sea aceptada, pero no produce efecto mientras no siga el matrimonio (805)» Trad.: «-La donazione fatta in riguardo di un determinato futuro matrimonio (165 e seguenti, 437), sia dagli sposi tra loro, sia da altri a favore di uno o di entrambi gli sposi o dei figli nascituri da questi, si perfeziona senza bisogno che sia accettata, ma non produce effetto finché non segua il matrimonio (805)».

De esta forma renace nuevamente la antinomia que había estado vigente durante Siglos y que dio origen a controversias doctrinales y jurisprudenciales -con anterioridad a la codificación napoleónica- entre donación prenupcial y donación obnupcial, pero en la actualidad, acentuada por la diversa disciplina que ambas presentan<sup>1149</sup>.

En este punto, mientras que el artículo 785 del Código civil establece la ineficacia de la donación obnupcial hasta el momento de la celebración del matrimonio, el artículo 80 presupone la eficacia inmediata de los regalos prenupciales, simplemente sujetos a revocación por parte del donante<sup>1150</sup>, lo que supone la introducción de la regla que somete a un plazo de caducidad el Derecho a la restitución.

Otra cuestión, se centra en cuál es efectivamente la naturaleza jurídica que presenta la promesa de matrimonio en relación con el matrimonio. En este sentido, la doctrina mayoritaria aunque con la finalidad de salvar dicha cuestión ha identificado el fundamento de la restitución de los regalos con la tradicional teoría de la presuposición -de forma que la previsión del matrimonio se configuraría como la base de la donación y, en consecuencia, el matrimonio asumiría un rol concretado en una especie de condición resolutoria respecto del regalo realizado-, lo cierto es que esta equiparación suscitó numerosas controversias doctrinales, debido a que -ciertamente- el matrimonio no es el acto que interviene para completar la promesa asumida de forma libre por las partes.

#### **A. Distinción entre regalos prenupciales y donaciones obnupciales**

Como ya se ha dicho, esta distinción entre <doni<sup>1151</sup>> prenupcial -«doni fatti a causa della promessa»<sup>1152</sup>- y donación obnupcial o *propter nuptias* -

---

<sup>1149</sup> *Vid.*, FERRANDO, *op. cit.*, p. 243; GATT, *op. cit.*, p. 403. Desde el punto de vista jurisprudencial, *vid.*, la Sentencia de la Cass. civ., Sez. I, 2 maggio 1983, n. 3015, *op. cit.*, p. 916, *op. cit.*, p. 1370.

<sup>1150</sup> *Vid.*, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra.*, *op. cit.*, Nt. 66, p. 126.

<sup>1151</sup> En este sentido, CARICATO, Cristina (en «La promessa di matrimonio», in *Il nuovo diritto di famiglia*, Vol. I, *Matrimonio, separazione e divorzio*, Trattato diretto da Gilda FERRANDO, Zanichelli editore, 2007, 1.<sup>a</sup> ed., Nt. 21, p. 88) dice que : «Il legislatore impiega il termine,

es decir, la realizada «in riguardo di un determinato futuro matrimonio»<sup>1153-</sup>, en la actualidad, ha originado nuevamente discrepancias, tanto doctrinales como jurisprudenciales<sup>1154</sup>. Así, la doctrina más consolidada, sostiene que las donaciones obnupciales<sup>1155</sup>, presentan claras diferencias frente a los regalos realizados entre los prometidos a causa de la promesa de matrimonio<sup>1156</sup>.

En este sentido, la doctrina<sup>1157</sup> entiende por «donaciones obnupciales» todas aquéllas que son configuradas como donaciones verdaderas y propias, efectuadas por los esposos entre sí o por un tercero con ocasión de la celebración de un determinado matrimonio -también presentan la particularidad de perfeccionarse sin necesidad de aceptación<sup>1158-</sup> y, que se

---

invero atecnico, di «doni», proprio per sottolinearne la differenza con il *genus* «donazioni» y, también *vid.*, FERRANDO, *op. cit.*, p. 251; GATT, *op. cit.*, p. 393; TORRENTE, *La donazione...*, *op. cit.*, pp. 775 y ss.

<sup>1152</sup> Cfr. artículo 80 del Código civil italiano de 1942.

<sup>1153</sup> Cfr. artículo 785 del Código civil italiano de 1942.

<sup>1154</sup> Sobre esta distinción, *vid.*, entre otros, FINOCCHIARO, Francesco: *Del matrimonio*, I, Torino, 1926, p. 244; TRABUCCHI, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 16. De forma más profunda y concisa, *vid.*, OBERTO, «La promessa di...», *op. cit.*, pp. 173 y ss.

<sup>1155</sup> Cfr. artículo 785 del Código civil italiano de 1942.

<sup>1156</sup> Cfr. artículo 80 del Código civil italiano de 1942.

<sup>1157</sup> *Vid.*, SESTA, *op. cit.*, p. 44; CARICATO, «La promessa di...», 2007, *op. cit.*, p. 84; AULETTA, Tommaso: *Il Diritto di Famiglia*, G. Giappichelli editore, Torino, 2002, 6.<sup>a</sup> ed., p. 23 e, *Il Diritto di Famiglia*, G. Giappichelli editore, Torino, 2008, p. 29; SANTOSUOSSO, «Il matrimonio»..., *op. cit.*, pp. 13 y 15; RESCIGNO, Pietro: *Collana Diritto Privato. Diritto di Famiglia*, a cura di Fulvio UCCELLA, IPSOA, 1996, p. 9; GALLUZZO, *op. cit.*, pp. 28-29.

<sup>1158</sup> Sobre esta particularidad, TRABUCCHI, dice que: «L'ipotesi che si presenta per l'applicazione della differenza è legata al destino dei doni nel caso dell'annullamento del matrimonio: mentre il capoverso dell'articolo 785 dal Codice civile italiano, sancisce la regola della nullità della donazione obnuziale, non si ritiene che i doni fatti nella fase di promessa siano sottoposti a restituzione una volta celebrato il matrimonio poi annullato», porque «le vicende del matrimonio, anche se con effetto tendenzialmente retroattivo, non influirebbero negativamente sul fatto che la promessa mantenuta ha chiuso, sia pure non fortunatamente, il ciclo preparatorio nell'ambito del quale i donativi hanno avuto un loro significato per manifestare il sentimento caratterizzato da una specifica finalita» («Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 16) y, *vid.*, también, las aportaciones de SANTOSUOSSO, «Il matrimonio»..., *op. cit.*, p. 15; RESCIGNO, *op. cit.*, p. 8; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 127.

encuentran sujetas a la condición suspensiva legal de la celebración de un matrimonio válido<sup>1159</sup>. Además, estas donaciones no producen eficacia hasta después de la celebración del matrimonio, por tanto, son realizadas en consideración del futuro *ménage* familiar –es decir, de la futura convivencia conyugal- con la finalidad de contribuir a la formación de la base patrimonial de la futura familia;

Como regalos realizados entre los prometidos a causa de la promesa de matrimonio -es decir, los realizados de forma expresa, conforme a lo previsto por el artículo 80, no encontrándose sujetos a condición alguna (ni suspensiva ni resolutive)-, podrían subsumirse aquellos otros regalos en los que el efecto traslativo se produce de forma inmediata<sup>1160</sup>, transmitiéndose la propiedad del bien donado automáticamente al prometido que lo recibe.

De lo anterior, se justifica la afirmación por la jurisprudencia<sup>1161</sup> que sostiene que, los regalos realizados entre los prometidos a causa de la promesa de matrimonio, como norma general, responden a la exigencia de manifestar un verdadero y propio afecto sentimental, conforme a la existencia de la promesa en sí misma, por tanto, estos regalos que son

---

<sup>1159</sup> En este sentido, la Sentencia de la Cass. civ., Sez. I, 2 maggio 1983, n. 3015, establece que: «In altre parole, può dirsi che le donazioni fatte «in riguardo di un determinato futuro matrimonio» [articolo 785 dal Codice civile] si distinguono nettamente dai doni d'uso fatti fra fidanzati a causa della promessa di matrimonio [articolo 80 dal Codice civile] perchè, mentre le prime sono donazioni vere e proprie [...] inscindibilmente collegate al futuro matrimonio, tanto da essere sottoposte alla condizione suspensiva che il matrimonio si avveri, i secondi sono determinati semplicemente dalla promessa di matrimonio e non sono sottoposti ad alcuna condizione». La diferencia se explica «considerando che i doni tra fidanzati a causa della promessa soddisfano, di regola, il desiderio di manifestare il proprio affetto ed i propri sentimenti in relazione all'esistenza della promessa stessa e sono dettati da impulsi di ordine sentimentale; le donazioni obnuziali, invece, sono effettuate in vista della futura convivenza coniugale e, normalmente, oggetto di esse è un bene che ha la funzione di contribuire alla formazione della base patrimoniale della famiglia» (*op. cit.*, p. 916, *op. cit.*, p. 1370).

<sup>1160</sup> Así, se pronuncia la Sentencia de la Cass. civ., Sez. I, 2 maggio 1983, n. 3015, al decir que «[...] la proprietà del bene donato passa quindi definitivamente ed immediatamente al fidanzato che lo riceve» (*op. cit.*, p. 916, *op. cit.*, p. 1370).

<sup>1161</sup> En este sentido, la Sentencia de la App. Firenze, 27 aprile 1966, establece que las donaciones prenupciales, a diferencia de las obnupciales, no están sujetas a la regla de la restitución en el supuesto de una posterior declaración de nulidad del matrimonio (*vid.*, in *Giur. Tosc.*, 1966, p. 879) y, *vid.*, también, entre otras, la Sentencia de la Cass. civ., Sez. I, sent. 2 maggio 1983, n. 3015, *op. cit.*, p. 916, *op. cit.*, p. 1370.

dictados por impulsos de orden sentimental, se justifican en la relación especial que existe entre los prometidos<sup>1162</sup>. Relación en la que actúan como sus propios testigos<sup>1163</sup>.

Un claro ejemplo de lo dicho, se encuentra en la entrega del anillo de compromiso que aún a pesar de ser éste de gran valor económico y resultado de su entrega por el prometido a la prometida, no puede ser considerado como una donación obnupcial [artículo 785], sino como un regalo realizado a causa de la promesa de matrimonio, recayendo, por tanto, dentro de la disciplina contenida en el artículo 80 del Código civil y, en consecuencia, en caso de haber transcurrido más de un año desde el fallecimiento de uno de los prometidos, el precepto en su párrafo segundo prevé la imposibilidad de ejercitar la acción de restitución<sup>1164</sup>.

Otro sector doctrinal<sup>1165</sup>, sostiene que los regalos prenupciales se configuran como una especie del género de las donaciones obnupciales y, por tanto, comparten su naturaleza, considerándose la primera como un tipo de «sottoipotesis» de la segunda. Si bien, esta consideración elimina cualquier problema de conflicto que se pudiese originar al someter, tanto en la forma como en la suspensión de los efectos traslativos la donación

---

<sup>1162</sup> *Vid.*, SANTOSUOSSO, «Il matrimonio»..., *op. cit.*, p. 15.

<sup>1163</sup> En esta línea, GATT dice que: «L'interesse tipico che l'autore di un dono prenuziale mira a soddisfare non è direttamente quello di favorire il matrimonio, bensì di attestare il proprio impegno a contrarre future nozze, ossia di confermare la serietà della promessa di matrimonio» (*op. cit.*, p. 405) y, *vid.*, FERRANDO, *op. cit.*, p. 246.

<sup>1164</sup> *Vid.*, SANTOSUOSSO, «Il matrimonio»..., *op. cit.*, p. 15; GALLUZZO, *op. cit.*, pp. 28-29. Desde el punto de vista jurisprudencial, *vid.*, la Sentencia de la App. Roma, 3 febbraio 1982, in *Dir. Fam. e Pers.*, 1984, p. 73.

<sup>1165</sup> En este sentido, FERRI, Giovanni (en «In tema di promessa di matrimonio», in *Persona e formalismo giuridico. Saggi di diritto civile*, Rimini, 1985, p. 403) habla de una «sottoipotesis», con la finalidad de abordar la necesidad de «coordinare due norme che non si pongono in alternativa, ma sono necessariamente destinate ad integrarsi» y, *vid.*, del mismo autor: «Se la disciplina della donazione obnuziale si applichi alla donazione prenuziale. Responsum», in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto TRABUCCHI, Padova, 1989, pp. 671-676. También, *vid.*, las argumentaciones de OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 127 y, voce «La promessa di matrimonio...», *op. cit.*, p. 400; CARICATO, «La promessa di...», 2007, *op. cit.*, p. 84; FERRANDO, *op. cit.*, p. 244.

prenupcial a la disciplina de la donación obnupcial obviando la disposición específica de la Ley que consagra la inmediata eficacia de la una y la ineficacia de la otra hasta la celebración del matrimonio.

En síntesis, dos son las disposiciones relativas a las donaciones realizadas entre los prometidos que contempla el Código civil de 1942. De una parte, las establecidas en el artículo 80; De otra, las previstas por el artículo 785. Además, de la combinación de ambos preceptos surge la existencia de dos tipos de donaciones o regalos:

a) Las realizadas «in riguardo di un determinato futuro matrimonio» condicionadas a la celebración del matrimonio, con la finalidad de contribuir al apoyo de la futura unión matrimonial y,

b) las donaciones «fatti a causa della promessa di matrimonio» inmediatamente eficaces y, de las que aunque en caso de incumplimiento del compromiso se puede solicitar su restitución, lo cierto es que presentan un régimen cuya *ratio* no es fácil de explicar.

Por lo que al destino de los regalos o donaciones realizadas en caso de anulación del matrimonio se refiere, conviene precisar que aún a pesar de que el artículo 785 del Código civil sanciona la regla de la nulidad de la donación obnupcial, lo cierto es que no se considera que los regalos realizados durante la promesa de matrimonio estén sometidos a devolución una vez celebrado éste, aunque con posterioridad sea nulo.

En suma, con la celebración del matrimonio –aunque éste sea considerado inválido- siempre que la promesa de matrimonio haya sido realizada, se elimina toda posibilidad de aplicar lo establecido por el artículo 80 del Código civil para la devolución de los regalos realizados a causa de la promesa permanenciando éstos en propiedad de las partes, con independencia de que el matrimonio sea anulado<sup>1166</sup>.

---

<sup>1166</sup> *Vid.*, TRABUCCHI, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 16; FERRANDO, *op. cit.*, p. 247.

En definitiva, las donaciones a causa del matrimonio serán nulas si el matrimonio es anulado, mientras que las donaciones realizadas a causa de la promesa de matrimonio no serán revocables después de la anulación de las nupcias.

## **B. Distinción entre regalos prenupciales y regalos de uso**

Otra cuestión se centra en determinar la dificultad que presenta establecer las diferencias y similitudes existentes entre los regalos prenupciales y los regalos de uso. Estos regalos son excluidos por el párrafo segundo del artículo 770<sup>1167</sup> del grupo de las donaciones. De ahí que la imposibilidad de poder negar que los regalos intercambiados por los prometidos correspondan a una costumbre social generalizada<sup>1168</sup>, haya originado la existencia de diversas teorías doctrinales y jurisprudenciales, que se aproximan sustancialmente.

En este sentido, algunos autores<sup>1169</sup>, entienden que la aplicación del artículo 80, debería estar referida únicamente a los regalos de uso que se justifiquen en la promesa de matrimonio. Si bien, estos regalos se encuentran regulados por el párrafo segundo del artículo 770 del Código civil, cuyo texto excluye de forma expresa para estos actos la operatividad de las normas en materia de donación, conforme a la consideración de que los regalos realizados entre los prometidos, se justifican en la costumbre social<sup>1170</sup> y, en consecuencia, no les será de aplicación la disciplina de la donación<sup>1171</sup>, de acuerdo con la exclusión realizada por el precepto de éstos.

---

<sup>1167</sup> «-No constituye donación la liberalidad que se suele hacer en ocasión de servicios prestados o en todo caso de conformidad con los usos (742, 809)» Trad.: «-Non costituisce donazione la liberalità che si suole fare in occasione di servizi resi o comunque in conformità agli usi».

<sup>1168</sup> En este sentido, *vid.*, TORRENTE, *La donazione...*, *op. cit.*, pp. 118 y ss.

<sup>1169</sup> Son partidarios de esta teoría, entre otros, FERRANDO, *op. cit.*, p. 244; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 128 y, voce «La promessa di matrimonio...», *op. cit.*, p. 400; CARICATO, «La promessa di...», 2007, *op. cit.*, p. 84.

<sup>1170</sup> Desde el punto de vista jurisprudencial, la Sentencia de la Cass. civ., 8 febbraio 1994, n. 1260, dice que: «Considerare liberalità d'uso le donazioni tra fidanzati comporterebbe



En suma, con esta solución –en términos aplicativos– se excluiría, tanto la posibilidad de aplicar la disciplina prevista para las donaciones como las normas que prescriben la forma y los requisitos de capacidad referidos a las donaciones obnupciales<sup>1172</sup>, previstos por el artículo 782<sup>1173</sup> del Código civil.

---

un'interpretazione estremamente riduttiva del diritto alla restituzione dei doni» (in *GC*, 1994, I, p. 1192) y, *vid.*, las notas realizadas a dicha Sentencia por PACIA DEPINGUENTE, Romana: «Doni prenuziali, liberalità d'uso e azioni restitutorie» nota a Cass. civ., sent. 8 febbraio 1994, n. 1260, in *Dir. Fam. e Pers.*, 1994, pp. 871-874.; RIGANO, Giosafat: «La restituzioni dei doni scambiati tra fidanzati a causa della promessa di matrimonio ed il c.d. fidanzamento ufficiale», nota a Cass. civ., sent. 8 febbraio 1994, n. 1260, in *NGCC*, 1995, I, pp. 694 y ss.; BUCELLI: «Mutamento sociale e donazioni prematrimoniali», nota a Cass. civ., sent. 8 febbraio 1994, n. 1260, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, pp. 684-692.

<sup>1171</sup> Así BIONDI, Biondo (en *Le donazioni*, Torino, 1961, pp. 775 y ss.) entiende «aberrante considerare i doni prenupciali come vere e proprie donazioni obnuziali, comportando un simile inquadramento la necessità dell'atto pubblico, per cui, anche se non sono di modico valore, non resta che ritenerle liberalità d'uso». *Vid.*, también AULETTA, *Il Diritto...*, 2002, *op. cit.*, p. 23 e, *Il Diritto...*, 2008, *op. cit.*, p. 28; TORRENTE, *La donazione...*, *op. cit.*, pp. 119 y ss.; JEMOLO, *Il matrimonio...*, *op. cit.*, p. 72; CARNEVALI, Ugo: «Donazioni in riguardo di matrimonio», in AA. VV., nel *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da Giorgio CIAN, Alberto TRABUCCHI e Giorgio OPPO, Vol. V, Cedam, Padova, 1992, p. 314; AQUINO e TALLARINA, *op. cit.*, p. 87; CENDON, *Commentario...*, *op. cit.*, p. 266; CARICATO, «La promessa di...», 2007, *op. cit.*, p. 84. En jurisprudencia, *vid.*, la Sentencia de la Cass. civ., Sez. I, 2 maggio 1983, n. 3015, *op. cit.*, p. 916, *op. cit.*, p. 1370.

<sup>1172</sup> *Vid.*, dentro de la doctrina unánime partidaria de excluir la aplicación a la liberalidad de uso de las normas en materia de forma de las donaciones, entre otros, OPPO, Giorgio: *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, pp. 72 y ss. y, 125 y ss.

<sup>1173</sup> Dice el literal del precepto: «-La donación debe ser hecha por acto público (2699), bajo pena de nulidad. Si tiene por objeto cosas muebles, ésta no es válida que para aquellas especificadas con indicación de su valor en el acto mismo la donación, o en una nota a parte firmada por el donante, por el donatario y por el notario. -La aceptación puede ser realizada en el mismo acto o en acto público posterior. En este caso la donación no será perfecta si no desde el momento en que el acto de aceptación sea notificado al donante. - Antes de que la donación sea perfecta, tanto el donante como el donatario podrán retirar su declaración. -Si la donación es realizada a una persona jurídica, el donante no puede revocar su declaración después de que le haya sido notificada la solicitud directa para obtener de la autoridad gubernamental la autorización para aceptar (17). Transcurrido un año desde la notificación sin que la autorización haya sido concedida, la declaración puede ser revocada» Trad.: «-La donazione deve essere fatta per atto pubblico (2699), sotto pena di nullità. Se ha per oggetto cose mobili, essa non è valida che per quelle specificate con indicazione del loro valore nell'atto medesimo della donazione, ovvero in una nota a parte sottoscritta dal donante, dal donatario e dal notaio. -L'accettazione può essere fatta nell'atto stesso o con atto pubblico posteriore. In questo caso la donazione non è perfetta se non dal momento in cui l'atto di accettazione è notificato al donante. -Prima che la donazione sia perfetta, tanto il donante quanto il donatario possono revocare la loro dichiarazione. -Se la donazione è fatta a una persona giuridica, il donante non può

En este sentido, sería indicativa la terminología utilizada por el legislador italiano, que en relación con el artículo 80 del Código civil expresándose en términos de regalos se refiere a un acto que dando lugar a una atribución gratuita de carácter libre, no la considera todavía como donación<sup>1174</sup>.

Además la aplicación de tal norma requeriría la coexistencia de un doble elemento: De una parte, la conformidad con el regalo de uso. Si bien, la doctrina respecto de este primer elemento ha subrayado que el elemento que distingue los regalos conforme al uso, se circunscribe al moderado valor económico. Por ello, esta cuantía debería ser entendida de forma amplia y relativa a la condición socio-económica que ostenten los prometidos, con la pretensión de que tuviese tal consideración el anillo de compromiso que tradicionalmente ratificaba la promesa de matrimonio<sup>1175</sup>; De otra, su relación con la promesa de matrimonio. Este segundo elemento concretado en su correlación con el anterior, plantea la posibilidad de que esta relación terminase socavando el vínculo establecido con la promesa, al referirse a los

---

revocare la sua dichiarazione dopo che gli è stata notificata la domanda diretta a ottenere dall'autorità governativa l'autorizzazione ad accettare (17). Trascorso un anno dalla notificazione senza che l'autorizzazione sia stata concessa, la dichiarazione può essere revocata».

<sup>1174</sup> Vid., TORRENTE, *La donazione...*, op. cit., pp. 775 y ss; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, op. cit., p. 128; GATT, op. cit., p. 393; UCELLA, «voce Matrimonio»..., op. cit., p. 9.

<sup>1175</sup> En el sentido, de que se constituyese como regalo de uso la entrega del anillo de compromiso de elevado valor económico, cuando se corresponda con las condiciones económico-sociales de la familia, la Sentencia de la Cass. civ., 10 diciembre 1988, n. 6720, textualmente dice que: «l'uso postula l'occasione e una certa relazione personale tra chi dà e riceve, in presenza delle quali è conforme al costume sociale compiere atti di liberalità; e determina inoltre la misura di tali atti, la quale è diversa in funzione dell'occasione, della relazione che intercorre tra le parti e della loro condizione sociale e patrimoniale, onde occorre accertare, di volta, fino a qual punto può estendersi la liberalità d'uso. La modicità del valore, suggerita per separare la donazione dalla liberalità conforme agli usi, non può essere, quindi, che quella risultante dagli usi e sarebbe dall'articolo 783 dal Codice civile italiano per le donazioni di modico valore, le quali prescindono dall'occasione, dalla relazione tra le parti e dalla conformità agli usi, che sono invece richieste per le liberalità di cui al secondo comma dell'articolo 770» (in *Dir. Fam. e Pers.*, 1989) y, *vid.*, la Sentencia de la Cass. civ., Sez. I, 2 maggio 1983, n. 3015, op. cit., p. 916, op. cit., p. 1370.

regalos que se justifiquen en el afecto; simpatía o, sean objeto simplemente de entregas realizadas en ocasiones especiales<sup>1176</sup>.

Así, FERRANDO<sup>1177</sup> siguiendo la solida dirección que considera como elemento de los regalos de uso el moderado o escaso valor económico de éstos, entiende que este elemento también sería de aplicación, tanto para caracterizar los regalos realizados entre los prometidos como los que pudiesen superar dicho valor recayendo de forma inmediata en el ámbito de las donaciones obnupciales.

Por el contrario, otros autores<sup>1178</sup> apoyándose en la constatación de que los regalos realizados entre los prometidos –prenupciales- a menudo son de elevado valor económico, consideran que deberían ser privados de su encuadramiento dentro del ámbito de los regalos de uso y, sostienen que la facultad de solicitar la restitución prevista por el artículo 80 del Código civil se refiere a aquellos regalos que se justifican en la propia promesa de matrimonio y, no a aquellos otros que encuentran su justificación en el uso, debido a que su realización es efectuada en determinadas ocasiones.

Conforme a esta teoría, los regalos realizados entre los prometidos, se constituirán como verdaderas y propias donaciones<sup>1179</sup> sujetas como tales a los requisitos de forma y capacidad previstos para estas últimas, requiriendo

---

<sup>1176</sup> *Vid.*, TORRENTE, *La donazione...*, *op. cit.*, pp. 118 y ss.

<sup>1177</sup> *Op. cit.*, p. 244. En el mismo sentido, *vid.*, CARNEVALI, «Donazioni in riguardo...», *op. cit.*, p. 314.

<sup>1178</sup> *Vid.*, en esta línea, BIONDI, *Le donazioni...*, *op. cit.*, pp. 775 y ss.; TORRENTE, *La donazione...*, *op. cit.*, pp. 119-121.

<sup>1179</sup> En este sentido, LOI, entiende que «l'impostazione suddetta trova convincente conferma anche sulla base dei dati giurisprudenziali più diffusi, dai quali pur non risultando presa di posizione specifica in materia si deduce un tendenziale orientamento ad escludere la ripetibilità dei doni d'uso e ad ammetterla invece per quelli che, con formula tralatizia, vengono considerati di ingente valore economico, diventando quest'ultimo l'unico criterio sicouro per discriminare fra doni ripetibili e non» (voce «Promessa...», *op. cit.*, p. 95) y, *vid.*, FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 112; TATARANO, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, p. 654 y, «La Promessa...», *op. cit.*, p. 527; MERZ, CARBONI, MARTORANA e SGUOTTI, *op. cit.*, p. 13; FORTINO, Marcella: *Diritto di Famiglia. I Valori, I Principi, Le Regole*, Dott. A. Giuffré editore, Milano, 2004, 2.<sup>a</sup> ed., p. 91. Desde el punto de vista jurisprudencial, *vid.*, la Cass. civ., sent. 8 febbraio 1994, n. 1260, *op. cit.*, p. 1192.

para su validez la forma solemne<sup>1180</sup> y, en caso de regalos de moderado valor económico -establecido este último en relación a la capacidad económica del donante- en cuanto a la forma sería suficiente la mera *traditio*, en aplicación de lo previsto por el artículo 783<sup>1181</sup> del Código civil relativo a las *Donazioni di modico valore*<sup>1182</sup>. Asimismo, los requisitos de capacidad deberán subsistir, por lo que la ausencia de éstos hará la donación inválida, antes que anulable, conforme a lo establecido por el artículo 80<sup>1183</sup>.

En síntesis, esta misma constatación podría conducir a resultados opuestos cuando se niegue que el moderado valor económico constituya una característica esencial de los regalos de uso, siendo de forma expresa prevista únicamente para las donaciones manuales a que se refiere el artículo 783<sup>1184</sup>. Punto en el que se debe tener presente que, la validez de las

<sup>1180</sup> Cfr. artículo 782 del Código civil italiano de 1942.

<sup>1181</sup> Los términos del precepto, son los siguientes: «-La donación de valor moderado que tiene por objeto bienes muebles (812) también es válida si falta el acto público, siempre que haya sido la tradición. -El valor moderado también debe ser evaluado en relación a las condiciones económicas del donante» Trad.: «-La donazione di modico valore che ha per oggetto beni mobili (812) è valida anche se manca l'atto pubblico, purché vi sia stata la tradizione. -La modicità deve essere valutata anche in rapporto alle condizioni economiche del donante».

<sup>1182</sup> Por su parte, ROSSI, Alessandra e CARLEO, Roberto (en *Commento agli articoli 79-80-81 cod. civ. Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di PERLINGIERI, Napoli, 2010) observan que: «Le diverse opzioni tese a ricercare una specifica identificazione di tali doni o, comunque a riportarli all'uno o all'altro tipo di liberalità previsto dal Codice da una parte possono condurre a vantaggi in termini di semplificazione dei requisiti, con particolare riguardo alla forma [...], dall'altra possono determinare svantaggi, qualora si consideri che i doni che si perfezionano con la semplice *traditio* o sono costituiti da regali effettuati in conformità dell'uso sociale e familiare e, pertanto non andrebbero restituiti [...] o sono di modico valore, e tali non è detto che siano i regali tra fidanzati».

<sup>1183</sup> En este sentido, FINOCCHIARO, F, entiende que también el regalo del anillo de compromiso se podría válidamente realizar sin forma solemne alguna solo cuando sea de valor razonable (*vid.*, «Del matrimonio...», *op. cit.*, pp. 109-112). *Vid.*, TATARANO, «La Promessa...», *op. cit.*, pp. 526 y ss.; BIANCA, *Diritto civile...*, 2001, *op. cit.*, p. 57; LOI, voce «Promessa...», *op. cit.*, p. 95; OPPO, *op. cit.*, p. 130.

<sup>1184</sup> *Vid.*, FERRANDO, *op. cit.*, p. 244; CARICATO, «La promessa di...», 2007, *op. cit.*, p. 85. Excluyen que la liberalidad de uso deba ser de módico valor, entre otros, CARNEVALI, Ugo: *Le donazioni. Trattato di diritto privato* diretto da Pietro RESCIGNO, Vol. VI, Successioni, T. II, UTET Giuridica, Torino, 1997, 2.<sup>a</sup> ed., p. 504; PALAZZO, Antonio: *Le donazioni. Commentario al Codice civile*, diretto da Piero SCHLESINGER, Milano, 2000, 2.<sup>a</sup> ed., p. 247.

donaciones manuales ha estado legislativamente reconocida con la introducción del artículo 783 en el Código civil italiano de 1942, cuya denominación pone de manifiesto la inclusión de los regalos manuales dentro de la categoría de las donaciones, con el consiguiente sometimiento de las primeras a la disciplina de las segundas<sup>1185</sup>.

Como ya se ha anunciado, la jurisprudencia presenta una postura bastante similar a la establecida por la doctrina. Un primer pronunciamiento se inclina conforme con el uso, eliminando de la disciplina formal de la promesa los regalos entre los prometidos y, en particular, el anillo de compromiso aunque éste sea de gran valor económico, cuando corresponda a las condiciones socio-económicas del donante<sup>1186</sup>, pero establece que no serán conforme al uso aquellos regalos de cierto valor económico realizados en ocasiones poco probables de justificación. Por tanto, en ausencia de la forma requerida para las donaciones, estos últimos serán inválidos, incluso antes que anulables<sup>1187</sup>.

Sin embargo, con posterioridad, la Corte di Cassazione, aunque se ha inclinado a seguir una directriz opuesta, lo cierto es que comparte la posición anterior que excluye los regalos realizados entre los prometidos de los regalos de uso, debido a que los primeros se tratan de verdaderas y propias donaciones -donaciones que como tales se encuentran sujetas a los requisitos de fondo y de forma previstas por la Ley-. Por tanto, en el supuesto de regalos de valor económico moderado, de apreciarse éste objetivamente en relación a la capacidad económica del donante, la entrega se perfeccionará de forma legítima entre sujetos capaces conforme a la mera *traditio*.

Esta conclusión procede de la premisa, injustificada en la que se califican los regalos entre los prometidos como regalos de uso, siendo de aplicación lo previsto en el párrafo segundo del artículo 770 del Código civil,

---

<sup>1185</sup> *Vid.*, en esta materia, GATT, *op. cit.*, p. 394.

<sup>1186</sup> *Vid.*, las Sentencias de las Cass. civ., Sez. I, 2 maggio 1983, n. 3015, *op. cit.*, p. 916, *op. cit.*, p. 1370 y, 10 dicembre 1988, n. 6720, *op. cit.*, p. 70.

<sup>1187</sup> *Vid.*, *Ibidem*.

en lugar del contenido establecido en el artículo 80. Solución que conduce a una interpretación extremadamente restrictiva del Derecho a la restitución de los regalos consagrados por el artículo 80<sup>1188</sup>.

El contraste entre tales directrices aparece menos nítido cuando de la consideración de los pronunciamientos contenidos en las Sentencias se pasa a la verificación de las normas operativas utilizadas. En particular, en la *Sentencia de la Corte di Cassazione, de 8 de febrero de 1994*, (en la que los regalos consistían en la entrega de un vehículo, algunas joyas y objetos varios, todos ellos regalados por la prometida al prometido en diversas circunstancias) se determinó que se trataban de regalos de valor económico moderado válidos también en ausencia de forma solemne<sup>1189</sup>, pero en definitiva anulables, debido a que se habían realizado a causa de la promesa de matrimonio<sup>1190</sup>.

En similar sentido, se pronunciaba otra *Sentencia de la Corte di Cassazione, de 2 de mayo de 1983*, en la que también los regalos consistieron en la entrega de objetos varios –reloj, anillo de brillantes, pequeñas joyas- de valor económico razonable. Valor que era proporcionado a las condiciones económico-sociales de las partes. En este caso, el Tribunal procedió a la anulación de los regalos, conforme a lo establecido por el artículo 80 del Código civil, aunque los calificó como regalos de uso partiendo de la premisa de que se justificaban en la promesa de matrimonio.

Por cuanto atañe a la regla aplicada en dichos supuestos, conviene precisar que de los pronunciamientos antes mencionados se desprende que, en caso de regalos de valor económico moderado procedía la validez de éstos sin necesidad de formalidad especial alguna y, respecto a los requisitos de forma, era suficiente la mera *traditio* entre sujetos capaces –ya en caso de regalos de uso o, de donaciones de moderado e, incluso escaso valor-

---

<sup>1188</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Cass. civ., 8 febbraio 1994, n. 1260, *op. cit.*, p. 1192.

<sup>1189</sup> Cfr. artículo 783 del Código civil italiano de 1942.

<sup>1190</sup> Cfr. artículo 80 del Código civil italiano de 1942.

mientras que en caso de regalos intercambiados a causa de la promesa de matrimonio, procedía la anulación de éstos, conforme a lo establecido por el artículo 80 del Código civil.

En síntesis, se trata de una regla de carácter flexible, cuya aplicación está en función de las circunstancias que presente cada caso concreto; de la disponibilidad que presenten los jueces a la hora de entender el moderado valor económico de los regalos, pero no en sentido absoluto, sino en sentido relativo a las condiciones económico-sociales que presenten las partes en función de la costumbre y ambiente social al que éstos pertenezcan y, de su consideración conforme al uso de los regalos de cierto valor económico, cuando subsista la correspondencia indicada. Correspondencia que, parece ser utilizada como una medida de validez de los regalos privados de forma solemne.

Por tanto, esta teoría donde se produce la coexistencia de doctrina y jurisprudencia, en principio, podría parecer insuperable si se parte de la consideración de que los regalos a los que se refiere el artículo 80 del Código civil, ni deben ser identificados necesariamente con alguno de los tipos de regalos previstos por el texto legal, ni constituir ningún otro tipo<sup>1191</sup>.

En definitiva, con el artículo 80 del Código civil se establece como solución la anulación de los regalos que intercambiados entre personas que tenían por objeto contraer matrimonio, finalmente, no lo han contraído. Esto se justifica en la voluntad de las partes implicadas y, se especifica en la voluntad de querer eliminar cualquier indicio donde conste el intento fallido de contraer nupcias o, realizar un reequilibrio de su situación patrimonial<sup>1192</sup>.

### **C. La función residual del artículo 80 del Código civil italiano**

Otra cuestión, se concreta en la posibilidad de incluir dentro de los regalos prenupciales, tanto los regalos de uso como las verdaderas y propias

---

<sup>1191</sup> En este sentido, *vid.*, FERRANDO, *op. cit.*, p. 251.

<sup>1192</sup> *Vid.*, *Ibidem.*

donaciones. Esta consideración que ha originado el temor de que se derogue finalmente -de forma implícita- aquella parte del artículo 785 referido, expresamente, a las donaciones efectuadas por los esposos entre sí, comportaría una delimitación del ámbito de aplicación de forma exclusiva a las atribuciones provenientes de terceros.

Frente a dicha cuestión la doctrina<sup>1193</sup> ha planteado como posible solución la de reconocer al artículo 80 del Código civil, una función de carácter residual concretada en la atribución al precepto de un papel de cobertura que incluiría todas las atribuciones a título gratuito efectuadas entre los prometidos a causa de la celebración del futuro matrimonio, pero excluyendo las relacionadas con el arquetipo de las donaciones obnupciales.

Categoría en la que quedarían incluidos, tanto los regalos de uso -por ejemplo, el anillo de compromiso- que por expresa resolución del artículo 770 del Código civil son excluidos -con independencia de su valor económico- de las reglas establecidas para las donaciones, como las donaciones indirectas<sup>1194</sup> a las que no les sería de aplicación lo previsto por

---

<sup>1193</sup> *Vid.*, FERRANDO, *op. cit.*, p. 245; CARICATO, «La promessa di...», 2007, *op. cit.*, p. 85; OBERTO, «La promessa di...», *op. cit.*, p. 176 y, voce «La promessa di matrimonio...», *op. cit.*, p. 401.

<sup>1194</sup> En este sentido, OBERTO hace referencia al supuesto de la adquisición de un coche destinado al uso personal de la prometida, pero adquirido con dinero del prometido o, la inversa, la adquisición de un bien inmobiliario destinado al ejercicio de la profesión del prometido, pero adquirido con dinero de la prometida (*vid.*, voce «La promessa di matrimonio...», *op. cit.*, p. 401). Para una mayor profundización en la materia, *vid.*, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, pp. 107 y ss.; FEOLA, *op. cit.*, pp. 83 y ss.; FERRANDO, *op. cit.*, p. 245; CARICATO, «La promessa di...», 2007, *op. cit.*, p. 85. En jurisprudencia, la Sentencia de la Cass. civ., 15 febbraio 2005, n. 2974, establece que: «Il finanziamento di opere di ristrutturazione di un immobile da destinarsi a futura residenza familiare, qualora il fidanzato disponente -a seguito della rottura del fidanzamento- non riesca a provare il diverso titolo costitutivo della pretesa restitutoria, può configurarsi quale dono prenuziale ai sensi dell'articolo 80 del Codice civile italiano: di conseguenza, la domanda giudiziale di restituzione deve essere proposta entro un anno dal rifiuto di celebrare le nozze, e, trattandosi di un termine di decadenza quest'ultima può essere impedita dal riconoscimento del diritto proveniente da colui contro il quale il medesimo può essere fatto valere ex articolo 2.966 del Codice civile italiano (nel caso di specie si è negato tuttavia che sussistesse il riconoscimento con efficacia impeditiva, nonostante si fosse data prova della parziale restituzione delle somme da parte della fidanzata» (in *Fam., Per. Succ.*, 2006, p. 9, con nota de PASQUALI: «Le attribuzioni patrimoniali tra fidanzati in vista del matrimonio»).



el artículo 785 -aún en caso de que no se tratasen de regalos de uso- salvo que existiese un pacto entre el *animus donandi* y el necesario enlace con el proyectado matrimonio.

#### D. La relevancia del elemento causal

La falta de ajuste derivada del enfoque apuntado en líneas anteriores con los datos literales que presenta el precepto, ha originado cierta contradicción. En este sentido, téngase en cuenta que la letra a la que alude la norma hace referencia a la relevancia del elemento causal, de forma que será la «causa» la que caracterizará en todo momento este supuesto<sup>1195</sup>.

Asimismo, del precepto se desprende que el legislador ha mencionado de forma deliberada el término «causa», por lo que si hubiese querido referirse a atribuciones a título gratuito «in vista delle future nozze», indudablemente habría omitido dicho término, como de hecho, ha realizado en el artículo 785 del Código civil en el que alude a las donaciones realizadas «in riguardo» y, no «a causa» de un determinado futuro matrimonio.

En este sentido, dos son los extremos por los que esta interpretación se presenta en principio contradictoria: De una parte, porque la revisión y utilización de la norma ha sido introducida en un «cajón de sastre» en el que se combinan todas las atribuciones realizadas libremente por las partes en relación a la celebración del futuro matrimonio que, indudablemente, son distintas de las donaciones obnupciales; De otra, porque con posterioridad, cuando el legislador italiano aborda la legitimación activa de la acción restitutoria realizada por terceros donantes, excluye de forma categórica la extensibilidad de la norma en vía analógica, considerandola inimaginable, frente al carácter excepcional que ésta presenta.<sup>1196</sup>

---

<sup>1195</sup> En particular, BUCELLI, entiende que «i doni ex articolo 80 dal Codice civile italiano possono esprimere i moventi e sentimenti più disparati, pur collegandosi alla promessa di matrimonio. Per tale ragione la riflessione tende a spostarsi verso il profilo dei motivi che nella donazione s'insinua e s'intreccia con quello della causa» (*op. cit.*, p. 689).

<sup>1196</sup> En este sentido, *vid.*, CARICATO, «La promessa di...», 2007, *op. cit.*, p. 86.

La doctrina<sup>1197</sup> más consolidada entiende que el enfoque más correcto conforme texto del precepto, es aquél en el que se subraya la relevancia del elemento causal. Este enfoque será posible si se considera que en el artículo 80 del Código civil el énfasis parece recaer no en el concepto de los regalos, sino en la causa que lo justifica posibilitando únicamente la restitución de los regalos que, precisamente, fueron realizados a causa de la promesa de matrimonio –es decir, que la repetición de los regalos solo recaerá en los que se justifiquen en la promesa de matrimonio-.

En este sentido, FERRANDO<sup>1198</sup> acertadamente dice que con el término cotidiano e impreciso de «doni», parece que se alude a cualquier regalo realizado entre los prometidos –ya sean donaciones o, regalos de uso cuando se encuentren justificados por la promesa de matrimonio, debido a que los regalos de los que es posible solicitar la restitución son aquéllos que han sido realizados a causa de la promesa de matrimonio, lo que es lo mismo que decir que en ello encuentran su propia causa justificativa.

De lo anterior, surge la exigencia de distinguir tales regalos de aquellos otros que intercambiados entre los prometidos y pudiendo justificarse sobre la base del afecto, simpatía o, existencia de particulares circunstancias, no serían revocables a la finalización del compromiso<sup>1199</sup>.

---

<sup>1197</sup> Así, BIANCA dice que: «La distinzione sembra piuttosto doversi ricercare nell'elemento causale considerando che i doni fatti a causa della promessa di matrimonio sono volti a realizzare l'interesse di asseverare la promessa (onde l'effetto immediato dell'attribuzione), mentre le donazioni fatte a causa del matrimonio sono volte ad assicurare al donatario un beneficio liberale se e quando verrà celebrato il matrimonio» (*Diritto civile...*, 2001, *op. cit.*, p. 58). En el mismo sentido, *vid.*, GATT, *op. cit.*, p. 399. También parece subrayar este elemento TRABUCCHI, cuando habla de «un'apposita categoria di donazioni ob causam sottoposte alla condizione risolutiva del mancato verificarsi dell'evento promesso» («Della promessa di...», 1992, *op. cit.*, p. 13). Por su parte, OBERTO, dice que «in materia di liberalità l'unica causa possibile, [...], è costituita dall'animus donandi» (*La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 135), por lo que no tiene en cuenta la causa concreta, de la que se podrían adquirir distintos intereses jurídicos de cierta relevancia.

<sup>1198</sup> *Op. cit.*, p. 245.

<sup>1199</sup> *Vid.*, LOI, voce «Promessa...», *op. cit.*, p. 96; TORRENTE, *La donazione...*, *op. cit.*, pp. 118 y ss.; DE GIORGI, *op. cit.*, p. 767.

En este sentido, la doctrina<sup>1200</sup> más consolidada entiende que no serán revocables a la finalización del compromiso, ni los regalos de uso no justificados por la promesa de matrimonio, ni los realizados entre los prometidos de otra forma justificada, como sería el supuesto de donaciones económicas que expresen la gratitud por la asistencia prestada a un pariente enfermo, ni los pequeños regalos de uso intercambiados por ocasión de cumpleaños o fiestas o, que representen una manifestación de afecto, amistad o, simpatía recíproca. Mientras que, por el contrario, sí serán revocables los regalos de uso y las donaciones verdaderas y propias cuando justificadas en la promesa de matrimonio, finalmente, el matrimonio no haya tenido lugar<sup>1201</sup>.

En virtud de lo anterior se justifica la afirmación que sostiene que, la disciplina contenida en el artículo 80 será de aplicación únicamente en presencia de actos válidos que posean los requisitos sustanciales y formales prescritos por los artículos 770, 782 y 783 del Código civil, siendo evidente que en caso contrario la demanda recuperatoria se podrá fundar sobre la misma invalidez del acto y, por tanto, no estará sujeta al breve plazo de caducidad de un año, previsto por el precepto<sup>1202</sup>.

---

<sup>1200</sup> Vid., LOI, voce «Promessa...», *op. cit.*, p. 94; TRABUCCHI, Alberto: «Della promessa di matrimonio», in *Commentario al Diritto Italiano della Famiglia*, a cura di Giorgio CIAN, Alberto TRABUCCHI e Giorgio OPPO. Indice generali dell'opera a cura di Maria Beatrice MILVIO, Vol. VIII, Cedam, Milano, 1995, pp. 166-167; DE GIORGI, *op. cit.*, p. 767; TORRENTE, *La donazione...*, *op. cit.*, pp. 118 y ss.; FERRANDO, *op. cit.*, p. 247.

<sup>1201</sup> Vid., FERRANDO, *op. cit.*, p. 251; GATT, *op. cit.*, p. 398.

<sup>1202</sup> Vid., FERRANDO, *op. cit.*, p. 251; CARICATO, «La promessa di...», 2007, *op. cit.*, p. 87. En el sentido de que para la restitución de los regalos no debe ser relevante la minoría de los prometidos, entre otras, *vid.*, las Sentencias de la Cass. civ., Sez. I, sent. 2 maggio 1983, n. 3015, *op. cit.*, p. 916, *op. cit.*, p. 1370 y, 8 febbraio 1994, n. 1260, *op. cit.*, p. 1192.

## 2. LA OBLIGACIÓN DE LA RESTITUCIÓN DE LOS REGALOS: FUNDAMENTO, SUJETOS Y OBJETO

### A. Fundamento

La doctrina mayoritaria<sup>1203</sup>, sostiene que el fundamento del Derecho a la restitución de los regalos debe ser identificado con la tradicional teoría de la presuposición. Esta teoría basada en la condición consagrada de forma implícita en el negocio de la celebración del futuro matrimonio, origina que la cláusula quede conectada con el criterio de la buena fe. Por ello, la parte que hubiese recibido los regalos -entre otros aspectos- no podrá poner en consideración ni la naturaleza ni la ocasión en la que fueron realizados, debido a que éstos habrían sido realizados de acuerdo con este criterio, aunque en realidad hubiesen sido realizados por motivos distintos de la promesa de matrimonio. De esta forma el donatario no podrá retener el objeto de las donaciones negando la conexión que éstas tienen con la promesa del futuro matrimonio<sup>1204</sup>.

De modo que en caso de que los regalos hubiesen sido entregados, existirá una acción restitutoria de la que será responsable el donante y los terceros que hubiesen otorgado regalos a los prometidos a causa de la promesa de matrimonio. Sin embargo, cuestión distinta se suscita en el supuesto de que estos regalos hubieran sido anunciados y aceptados, pero no entregados, puesto que se prevé legítimo el rechazo de exigirlos<sup>1205</sup>.

---

<sup>1203</sup> En este sentido, entre otros, *vid.*, SANTORO-PASSARELLI, Francesco: «Lineamenti della promessa di matrimonio secondo il nuovo codice civile», in *Saggi di Diritto Civile*, introduzione di Pietro RESCIGNO, I, Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1961, p. 392; GANGI, *op. cit.*, p. 61; OPPO, *op. cit.*, p. 113; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 149 y, «La promessa di...», *op. cit.*, pp. 178-179; TATARANO, «La Promessa...», *op. cit.*, pp. 527-528.

<sup>1204</sup> Así, TATARANO, dice que: «Il fondamento di tale diritto può anche essere risposto in una sorta di presupposizione, come da più parti si è proposto, ossia in una condizione, insita in modo implicito nel negozio, della celebrazione del futuro matrimonio...» («Rapporti da promessa...», *op. cit.*, p. 655).

<sup>1205</sup> *Vid.*, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 657.

En sentido contrario, FINOCCHIARO, F<sup>1206</sup>, entiende que esta teoría basada en el presupuesto sería cierta si la obligación de restitución naciese de forma automática de la ruptura de la promesa de matrimonio, mientras que en realidad surge únicamente tras la revocación efectuada por el donante o sus herederos. Constatación última sobre la que se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corte di Cassazione<sup>1207</sup>, apoyándose en la figura del presupuesto, con la finalidad de explicar cómo las futuras nupcias constituyen una especie de condiciones implícitas subyacentes al acto de la donación, cuya desaparición también afecta al negocio condicional<sup>1208</sup>.

De lo anterior, se justifica la afirmación que sostiene que, tanto para esta parte doctrinal<sup>1209</sup> como jurisprudencial, resulta más razonable la

---

<sup>1206</sup> «Del matrimonio..., *op. cit.*, p. 124. En el mismo sentido, *vid.*, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 150; «La promessa di..., *op. cit.*, p. 179 y, voce «La promessa di matrimonio..., *op. cit.*, p. 403.

<sup>1207</sup> En este sentido, la Sentencia de la Cass. civ., Sez. I, 2 maggio 1983, n. 3015, establece que: «La legge, invero, non fa sorgere l'obbligo della restituzione dalla sola rottura del fidanzamento: esige, invece, che il disponente richieda all'altra parte la restituzione del bene. La richiesta di restituzione, pertanto, non è diretta a mettere in mora [...], ossia a stimolare l'adempimento di una obbligazione già esistente, ma vale a comunicare [...] la volontà di revoca del negozio manifestata dal disponente dalla quale sorge tale obbligo. Questo perchè nel caso di doni d'uso fra fidanzati [...] la legge non attribuisce alle parti il potere di revocare i doni effettuati; fenomeno questo ben diverso, nella struttura e nella funzione, da quello presentato dall'avverarsi della condizione risolutiva. Ciò vale anche a smentire quanto ritenuto da una parte della dottrina a proposito del fondamento dell'obbligo di restituire; che cioè la ripetibilità dipenda dalla presupposizione ossia dalla condizione, insita in modo implicito nel negozio, della celebrazione del futuro matrimonio. Tale tesi potrebbe infatti essere accettata solo se l'obbligo di restituire nascesse direttamente dalla rottura del fidanzamento, mentre invece [...] sorge solo in seguito alla revoca del dono effettuata dal donante o dai suoi eredi» (*op. cit.*, p. 916, *op. cit.*, p. 1370). *Vid.*, también, PACIA DEPINGUENTE, *op. cit.*, pp. 871-874.

<sup>1208</sup> *Vid.*, AQUINO e TALLARINA, *op. cit.*, p. 102; TATARANO, «La Promessa...», *op. cit.*, p. 527.

<sup>1209</sup> En este sentido, SANTOSUOSSO, afirma que se trata de «una speciale revoca delle donazioni fatte «a causa» della promessa stessa» («Delle persone..., *op. cit.*, p. 30) y, *vid.*, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 151; «La promessa di..., *op. cit.*, p. 179 y, voce «La promessa di matrimonio..., *op. cit.*, p. 403; FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio..., *op. cit.*, p. 124. Desde el punto de vista jurisprudencial, en el mismo sentido, la Cass. civ., Sez. I, sent. 2 maggio 1983, n. 3015, dispone que: «La restituzione dei doni tra fidanzati (peraltro ovviamente limitata agli oggetti inconsumabili o, comunque, non consumati) costituisce una causa speciale di revocazione (prevista dal legislatore sempre in omaggio alla consuetudine) dell'atto di liberalità compiuto (già in sé perfettamente valido ed

reconstrucción de la figura, como un fenómeno similar a aquél concretado en la revocación de las donaciones. Además, la jurisprudencia<sup>1210</sup> -ya sea frente a los supuestos de presupuestos clásicos, como a los más vigentes- atribuye a este instituto los caracteres propios de una solución de tipo resolutoria de los efectos de un negocio eficaz por sí mismo, reconociendo a la parte que solicita la frustración de la situación del contrato, el derecho a exigir la rescisión del mismo<sup>1211</sup>.

En definitiva, la mayor perplejidad sobre la hipótesis del mecanismo restitutorio previsto por el artículo 80 del Código civil, surge sobre la base de la constatación del carácter objetivo que de forma progresiva ha ido adquiriendo, por tanto, en la actualidad, se tiende a negar relevancia a

---

efficace), recovazione che è lasciata alla discrezionalità del donante di volere o meno» (*op. cit.*, p. 916, *op. cit.*, p. 1370).

<sup>1210</sup> *Vid.*, entre otras, las Sentencias de la Cass. civ., sent. 28 agosto 1993, n. 9125; 17 settembre 1990, n. 1512 y, 3 dicembre 1991, n. 12921.

<sup>1211</sup> *Vid.*, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 151. En relación al uso de instrumentos de carácter resolutorio con respecto a la presuposición, TATARANO admite la configurabilidad de unos presupuestos restitutorios y critica la tesis expuesta por FINOCCHIARO, F (*vid.*, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 124), conforme al cual parece entender que se deben solapar todos los conceptos de presuposición y de condiciones implícitas (*vid.*, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, Nt. 24, p. 655).

Desde una perspectiva diferente se ha criticado el uso de la figura del presupuesto contestando que la base para la negociación de dicha cuestión se debe buscar en la intención de preparar las nupcias. Así, TRABUCCHI, dice que: «La donazione come manifestazione concreta di affetto, avrebbe come tale soddisfatto il motivo del donante [...]; la restituzione, che si può chiedere per qualsiasi ragione, ha piuttosto il significato di essere un conseguente rimedio per togliere via tutti i segni di un rapporto che non ha avuto il suo seguito: e ciò con un mezzo a disposizione del donante, al quale è offerta la facoltà di esprimere una volontà di restituzione, non per una causa inerente la donazione, ma come conseguenza della rottura di un rapporto che si può preferire non lasci traccia di reciproche manifestazioni che abbiano avuto anche incidenze concrete. [...] le donazioni da restituire, sono donazioni fatte dopo la promessa e a causa della stessa, e non fatte per conseguire il futuro matrimonio» («Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 15). De la misma opinión, entre otros, *vid.*, SANTORO-PASSARELLI, «Lineamenti della promessa...», *op. cit.*, pp. 389 y ss.; OPPO, *op. cit.*, p. 113.

aquellas situaciones de hecho, cuya verificación pueda influir de algún modo en la voluntad de las partes<sup>1212</sup>.

## B. Sujetos

La legitimación pasiva compete indudablemente al promitente que se niega a celebrar el matrimonio o a aquél que ha dado justo motivo a la otra parte para su no celebración. Mientras que la legitimación activa presenta mayores incertezas, según algunos autores corresponde únicamente al prometido donante, mientras para otros también se debe reconocer a terceros, progenitores o parientes, cuando hayan realizado gastos a causa de la promesa de matrimonio<sup>1213</sup>.

Otra cuestión de interés se centra en la problemática suscitada por la posición que ocupan los terceros donantes, en relación a la legitimación activa. En este sentido, y a favor de la teoría negativa, conviene puntualizar que juega indudablemente la letra contenida en el artículo 80 del Código civil, conforme a la que el único sujeto autorizado para reclamar el reembolso es el donante promitente<sup>1214</sup>, resultando imposible realizar una extensión analógica de la disposición, conforme a la naturaleza excepcional que ésta presenta. De ahí, la afirmación que sostiene la imposibilidad de entender comprendidos dentro de los sujetos legitimados a reclamar la restitución de los regalos a los terceros donantes y, en especial, a los progenitores de los futuros contrayentes<sup>1215</sup>, aunque cuestión distinta se

---

<sup>1212</sup> *Vid.*, sobre este tema, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 152; COSTANZA, Maria: «La presupposizione nella giurisprudenza», in *Quadrimestre*, 1984, pp. 605 y ss. Desde el punto de vista jurisprudencial, entre otras, *vid.*, las Sentencias de la Cass. civ., sent. 15 dicembre 1987, n. 9272, in *Foro Pad.*, 1988, I, p. 399 y, 15 maggio 1987, n. 4487, in *Foro Pad.*, 1988, I, c. 399.

<sup>1213</sup> *Vid.*, FERRANDO, *op. cit.*, pp. 254 y 266.

<sup>1214</sup> *Vid.*, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 155; «La promessa di...», *op. cit.*, p. 179 y, voce «La promessa di matrimonio...», *op. cit.*, p. 403.

<sup>1215</sup> TRABUCCHI, por cuanto dice que: «la ragione particolare che giustifica l'eccezione all'irrevocabilità della donazione si trova nella causa specifica del dono fatto dal promittente come espressione di un sentimento verso il donatario promesso sposo, sentimento che non è della stessa natura dell'animus che può avere un terzo. Se, a proposito della rifusione delle spese fatte dai congiunti per conto del promesso sposo, la ratio è ben diversa, perché ai preparativi matrimoniali è generalmente chiamata la

origina en caso de que los progenitores actúen como representantes legales del promitente menor o incapaz<sup>1216</sup>.

Por otra parte, este carácter excepcional no resulta del todo cierto, debido a que no es negada por la consideración prevista en el párrafo contenido en el precepto<sup>1217</sup>, conforme al cual también se les concede a los herederos del donante la posibilidad de actuar para la restitución de los regalos efectuados por el difunto.

En este supuesto en el que se atribuye la legitimación a personas que son seguramente terceros en las relaciones sociales de los fallecidos<sup>1218</sup>, OBERTO<sup>1219</sup>, sostiene que resulta evidente que el Derecho a la restitución de los regalos –el cual encuentra su origen en una estrecha relación personal con el fallecido– tiene de forma innegable un carácter patrimonial tal que lleva a atribuirlo a la masa hereditaria.

Por tanto, la legitimación de los herederos, no se pone en contradicción con la regla que reserva al donante la posibilidad de actuar conforme a lo previsto en el artículo 80 del Código civil<sup>1220</sup>.

---

famiglia del promittente, mentre l'animus che si esprime nei doni è strettamente legato alla persona del donante» («Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 18). De la misma opinión, *vid.*, SANTOSUOSSO, «Delle persone...», *op. cit.*, Nt. 37 y 38, pp. 34 y 42; UCCELLA, voce «Matrimonio»..., *op. cit.*, p. 10. Por el contrario, TATARANO reconoce que, del mismo modo que el criterio general de la buena fe, la acción de restitución de los regalos compete también a los terceros que habían hecho regalos a los prometidos a causa de la promesa de matrimonio (*vid.*, «La Promessa...», *op. cit.*, p. 528).

<sup>1216</sup> *Vid.*, la Sentencia del Trib. Vercelli, 7 agosto 1969, in *Monit. Trib.*, 1969, p. 726.

<sup>1217</sup> Cfr., artículo 80 del Código civil italiano de 1942.

<sup>1218</sup> Así, con referencia a las donaciones de uso, para el supuesto de donaciones verdaderas y propias FINOCCHIARO, F, entiende que sería de aplicación lo previsto en el artículo 785 del Código civil (*vid.*, «Del matrimonio...», *op. cit.*, pp. 131 y ss.). Por su parte, TATARANO, extiende la legitimación a terceros (aún en contra de lo establecido por la letra de la Ley) apoyándose sobre el criterio de la buena fe (*vid.*, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, Nt. 26, p. 657).

<sup>1219</sup> *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, pp. 107 y ss.

<sup>1220</sup> *Vid.*, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 156; «La promessa di...», *op. cit.*, p. 180 y, voce «La promessa di matrimonio...», *op. cit.*, p. 403.



En todo caso, al acto del tercero –configurado como una donación obnupcial- le será de aplicación la regla contenida en el artículo 785 del Código civil, debido a que prevé expresamente el supuesto de que el tercero intervenga para ayudar al futuro matrimonio -es decir, como una atribución gratuita directa realizada a favor de uno de los prometidos en consideración de su futuro matrimonio- y, por tanto, si el regalo fue realizado por un tercero éste podrá reclamar su devolución, cuando se trate de donaciones obnupciales<sup>1221</sup>.

En este sentido, la doctrina mayoritaria<sup>1222</sup> sostiene que también los herederos del promitente podrán ser considerados legítimos, por lo que podrán realizar la acción de restitución. Esta afirmación se deduce del párrafo segundo del artículo 80 del Código civil, al establecer en relación al plazo que el año de caducidad también se inicia sin limitación alguna desde el día del fallecimiento de uno de los prometidos o de quien efectuó la donación.

De lo anterior, resulta obvio que el fallecimiento se encuentra vinculado con la certeza de que el matrimonio no tendrá lugar, de forma que el efecto de cualquier otro plazo se encuentra superado, debido a que seguramente la parte superviviente podrá expresar su deseo de recuperar los regalos efectuados al fallecido.

No obstante, frente a la posibilidad de que la cuestión se centre en determinar si la indicación legislativa también puede ser entendida como un

---

<sup>1221</sup> *Vid.*, TRABUCCHI, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 18 y, «Della promessa...», 1995, *op. cit.*, p. 167. Por el contrario, TATARANO, extiende la legitimación también al donante que no sea el promitente (*vid.*, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, p. 657).

<sup>1222</sup> *Vid.*, entre otros, OBERTO, «La promessa di...», *op. cit.*, p. 180 y, voce «La promessa di matrimonio...», *op. cit.*, p. 403; TRABUCCHI, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 19; LOI, voce «Promessa...», *op. cit.*, p. 95; BONILINI, Giovanni: «Il matrimonio», in *Diritto Civile*, diretto da Nicolò LIPARI e Pietro RESCIGNO coordinato da Andrea ZOPPINI, Vol. I, *Fonti, Soggetti, Famiglia, II, La Famiglia*, Dott. A. Giufre editore, 2009, p. 92; FERRANDO, *op. cit.*, p. 266.

reconocimiento a los herederos del fallecido a ejercitar su Derecho a solicitar la devolución de los regalos realizados por su autor<sup>1223</sup>.

En este sentido, esta cuestión ha sido salvada por la doctrina<sup>1224</sup>, al considerar que el inicio del segundo plazo de un año de la muerte de uno de los prometidos debe ser considerado desde el punto de vista de que los regalos efectuados por el promitente puedan ser reclamados a los herederos de la otra parte y, no desde la perspectiva de que éstos puedan ser reclamados por los herederos del fallecido -aunque sea posible como la jurisprudencia<sup>1225</sup> ha establecido al decir que una vez propuesta la acción por el promitente e, interrumpido el proceso por el fallecimiento de éste, sus herederos puedan reasumir el juicio en los plazos previstos por la Ley-.

### C. Objeto

Como ya se ha dicho, no todos los regalos intercambiados por los prometidos después de efectuada la promesa de matrimonio, puede decirse que estén conectados con certeza a la promesa<sup>1226</sup>.

Por cuanto atañe al objeto de la restitución, conviene precisar que parece existir unanimidad jurisprudencial, sobre el hecho de que la restitución de los regalos se deba realizar en especie y no por la entrega de su equivalente<sup>1227</sup>, con la consiguiente consecuencia de considerar excluida

---

<sup>1223</sup> *Vid.*, TRABUCCHI, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 19 y, «Della promessa...», 1995, *op. cit.*, p. 167.

<sup>1224</sup> Así, *vid.*, SANTOSUOSSO, «Delle persone...», *op. cit.*, pp. 34-35; por el contrario, TRABUCCHI, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 19 y, «Della promessa...», 1995, *op. cit.*, p. 167.

<sup>1225</sup> En este sentido, *vid.*, la Sentencia de la App. Palermo, 18 maggio 1945, in *Rep. FI.*, 1943-45, voce «Matrimonio», n. 36.

<sup>1226</sup> Son de esta opinión, CARICATO, «La promessa di...», 2007, *op. cit.*, p. 87; RESCIGNO, *op. cit.*, p. 8.

<sup>1227</sup> Sobre esta materia, DE GIORGI, dice que no hay duda de que la restitución de los regalos se deba realizar en especie -natura-, siendo conveniente al respecto que se pusieran de acuerdo los partidarios del carácter real de la acción y los partidarios del carácter personal de la misma (*vid.*, *op. cit.*, p. 768). Desde el punto de vista jurisprudencial, entre otras, *vid.*, las Sentencias de la Cass. civ., sent. 4 dicembre 1952, n. 3115, in *Giur. it.*, 1952, I, c. 2; 31

la restitución de aquellos regalos categorizados como bienes de inmediata o rápida consumación<sup>1228</sup> -es decir, los bienes donados durante el compromiso, pero por causa diversa a aquella del matrimonio<sup>1229</sup>-. Sin embargo, diversa es la solución prevista para el supuesto de la destrucción o pérdida de los bienes donados, donde se establece la entrega de su equivalente<sup>1230</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia<sup>1231</sup> también ha tenido ocasión de afirmar la regla de la restitución en especie de las cosas recibidas como

---

luglio 1951, n. 2271, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, c. 15 y, 2 maggio 1983, n. 3015, *op. cit.*, p. 916, *op. cit.*, p. 1370.

<sup>1228</sup> *Vid.*, SANTOSUOSSO, «Il matrimonio»..., *op. cit.*, p. 22; LOI, voce «Promessa...», *op. cit.*, p. 95; TRABUCCHI, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 18; CARICATO, «La promessa di...», 2007, *op. cit.*, p. 88. En jurisprudencia, la Sentencia de la Pret. Acquaviva delle Fonti, 18 marzo 1967, establece que: «Ai sensi dell'articolo 80 del Codice civile Italiano, sono soggetti a restituzione soltanto i doni effettuati a causa della promessa di matrimonio e non quelli che i fidanzati si scambiano unicamente in considerazione del reciproco affetto» (in *Monit. Trib.*, 1969, p. 1362). Así, como la Sentencia de la Cass. civ., Sez. I, 2 maggio 1983, n. 3015, afirma que: «La restituzione dei doni tra fidanzati (peraltro ovviamente limitata agli oggetti inconsumabili o, comunque, non consumati) costituisce una causa speciale di revocazione» (*op. cit.*, p. 916, *op. cit.*, p. 1370).

<sup>1229</sup> *Vid.*, la Sentencia del Trib. Foggia, 5 aprile 1966, in *Daunia giud.*, 1966, p. 63.

<sup>1230</sup> *Vid.*, LOI, voce «Promessa...», *op. cit.*, p. 95; SANTOSUOSSO, Fernando: «Il matrimonio e il regime patrimoniale della famiglia», in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da Walker BIGIAMI, redatta a cura di Magistrati e Docenti, UTET Giuridica, Torino, 1965, p. 38. Desde el punto de vista jurisprudencial, la Sentencia del Trib. Roma, 5 febbraio 1979, no ha dudado en condenar a la demandada al pago del valor del anillo de compromiso, que la misma había declarado haberlo perdido (*vid.*, *op. cit.*, p. 795). En la misma línea, en la Sentencia del Trib. Napoli, 29 luglio 1965, se condenó a los herederos del donatario promitente a restituir la cadena de oro «e in mancanza al pagamento della somma di Lire 18.000, valore non contestato della catenina» (in *Dir. e giur.*, 1966, p. 62, con nota de BOCCHINI, Ermanno: «Sulla restituzione dei doni tra fidanzati»).

Según, FINOCCHIARO, F, «se i beni donati siano periti o siano andati perduti durante il fidanzamento per un fatto non imputabile all'accipiente e questi abbia fatto valere le sue ragioni nei confronti del responsabile della distruzione o della perdita, l'altra parte, una volta rotto il fidanzamento e chiesta la restituzione dei doni, subentra nei diritti del donatario ed ha, altresì, diritto a recuperare ciò che questi abbia conseguito» («Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 128).

<sup>1231</sup> Desde el punto de vista jurisprudencial, la Sentencia de la App. Palermo, 18 maggio 1945, afirma que «l'azione per la restituzione dei doni è azione di rivendica e che, pertanto, essendo il titolare del diritto abilitato al soddisfacimento coattivo, l'altra parte non può liberarsi a propria volontà dell'obbligo di restituzione dei doni che sono andati distrutti, dandone il valore» (*op. cit.*, n. 36). En la misma línea, se ha pronunciado la

regalos, al permitir de forma eventual la sustitución de su equivalente, únicamente, para el supuesto de que se pruebe la pérdida o deterioro de aquéllas, mientras, que por el contrario, excluye la repetición de los regalos categorizados como bienes de inmediata o rápida consumación. Opinión última que se encuentra fuertemente consolidada tanto en el plano de la elaboración teórica<sup>1232</sup>, como en aquél de aplicación práctica<sup>1233</sup>.

Sin embargo, GATT<sup>1234</sup> precisa que si el objeto a transferir a título gratuito consiste en una suma o cantidad de dinero o en cualquier otro bien consumible, parece conforme que la *ratio* de la norma contenida en el artículo 80 del Código civil admita la restitución de lo donado a causa de la promesa de matrimonio, bajo la forma del *tantundem*<sup>1235</sup>.

En definitiva, no se restituirán los regalos de inmediata y rápida consumación, salvo en el supuesto de bienes consumibles que tengan un significado económico independiente en los que se prevea la restitución de éstos por su equivalente.

Otra cuestión, centrada en la controversia generada en el ámbito de la tutela resarcitoria, se ha originado respecto de la restitución, tanto de la

---

Sentencia de la Cass. civ., 31 luglio 1951, n. 2271, al considerar que «che l'obbligazione di restituzione ha per oggetto cose determinate e che l'obligato non può liberarsi sostituendo alle cose dovute il loro controvalore» (*op. cit.*, c. 15). *Vid.*, en el mismo sentido, entre otras, las Sentencias de la Cass. civ., sent. 4 dicembre 1952, n. 3115, *op. cit.*, c. 2 y, Pret. Sapri, 22 giugno 1957, in *Riv. dir. matr.*, 1958, p. 541.

<sup>1232</sup> En este sentido, TORRENTE, dice que «[...] l'esclusione del collegamento con la promessa di matrimonio si impone per la natura stessa dell'oggetto donato. Quando la giurisprudenza eccettuata le cose di immediata consumazione o rapidamente consumabili dalla ripetibilità dice cosa esatta, ma che non può trovare una logica spiegazione se non riconnettendo proprio il dono in se e per se, alla situazione di cordialità o di affetto esistente tra le parti a prescindere dal vincolo creato dalla promessa» (*La donazione...*, *op. cit.*, Nt. 112, p. 121). *Vid.*, también, OPPO, *op. cit.*, p. 114.

<sup>1233</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Cass. civ., Sez. I, 2 maggio 1983, n. 3015, *op. cit.*, p. 916, *op. cit.*, p. 1370.

<sup>1234</sup> *Op. cit.*, p. 398.

<sup>1235</sup> Esta expresión en la terminología jurídica, tiene por objeto las cosas consumibles, lo que implica que el depositario deba devolver al depositante una cantidad de la misma especie y calidad.

correspondencia como de las fotografías intercambiadas entre los prometidos a causa de la promesa de matrimonio y, frente a la posterior negativa de las partes a la celebración del futuro matrimonio.

### a) *Las fotografías*

En cuanto a la existencia de la obligación de restitución de las fotografías intercambiadas por los prometidos, la doctrina más consolidada<sup>1236</sup> ha resuelto este problema de forma pacífica.

En este sentido, las fotografías con independencia de que sean artísticas o no y con o sin dedicación, si han sido entregadas por uno de los prometidos al otro, deberán ser objeto de devolución en el supuesto de la ruptura del compromiso<sup>1237</sup>, al encontrarse incluidas dentro de la categoría de los regalos a que hace referencia el artículo 80 del Código civil y, por tanto, son repetibles.

---

<sup>1236</sup> Así, TRABUCCHI, dice que «[...] nel senso di una obbligo di restituzione. Restituzione o accordo di una controllata e bilaterale eliminazione. Restituzione, vuol dire diritto ad esercitare una pretesa diretta sull'oggetto in questione nei casi in cui l'individuazione e l'ubicazione risultino da indicazioni precise: diritto che, ad evitare abusi, e sussistendone i presupposti di fatto, si potrà esercitare con una rivendicazione, preceduta, ove sta il caso, dall'attuazione di un sequestro giudiziario presso il destinatario o presso un terzo depositario» («Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 20). *Vid.*, entre otros, FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 120; BIONDI, *Le donazioni...*, *op. cit.*, p. 784; FERRARA-SANTAMARIA, Massimo: *La promessa di matrimonio*, Napoli, 1940, p. 81; LOI, voce «Promessa...», *op. cit.*, p. 95; NOVARA, *op. cit.*, Nt. 116, p. 123; SANTOSUOSSO, «Il matrimonio e il regime patrimoniale...», *op. cit.*, p. 31; JEMOLO, *Il matrimonio...*, *op. cit.*, p. 72; GANGI, *op. cit.*, p. 62; TEDESCHI, voce «Matrimonio...», *op. cit.*, p. 424, en nota; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 159; voce «La promessa di matrimonio...», *op. cit.*, p. 403 y, «La promessa di...», *op. cit.*, p. 180; FINOCCHIARO, A, «Della promessa...», 2005, *op. cit.*, p. 678 y, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 673; TATARANO, «La Promessa...», *op. cit.*, p. 528; ALESSANDRI, «La promessa...», 2008, *op. cit.*, p. 154. Por el contrario, CARICATO, entiende que respecto de las fotografías intercambiadas en el periodo del compromiso, no se ve la razón para extender a tales objetos la acción de restitución contemplada por el artículo 80 del Código civil (*vid.*, «La promessa di...», 2007, *op. cit.*, pp. 87-88).

<sup>1237</sup> En este sentido, la Sentencia del Trib. Napoli, 29 julio 1965, tras negar la obligación de restitución de las cartas, ha afirmado la existencia de una obligación de restitución de las fotografías, en cuanto a la consideración de éstas como regalos (*vid.*, *op. cit.*, p. 62). En idéntico sentido, *vid.*, la Sentencia del Trib. Roma, 26 julio 1962, in *Tem. rom.*, 1962, p. 208.

Asimismo, DE GIORGI<sup>1238</sup> –con acierto– afirma que se ha superado el obstáculo derivado de la dificultad de reconocer a las fotografías un valor patrimonial -requisito de la noción de regalo del artículo 80 del Código civil-, por tanto, en la actualidad, este valor ha dejado de configurarse como un valor de cambio, concibiéndose ahora como un valor de uso<sup>1239</sup>.

### **b) *La correspondencia***

A diferencia de lo anterior, distinta conclusión plantea el problema concerniente a la existencia de la obligación de restitución de la correspondencia intercambiada entre los prometidos. Esta cuestión, en la actualidad, ha suscitado la existencia de opiniones doctrinales contrapuestas<sup>1240</sup>.

Así, durante la vigencia del Código civil de 1865, la jurisprudencia<sup>1241</sup> afirmaba que tras la ruptura del compromiso, el promitente debía ser tenido a la restitución de la correspondencia, bien porque el contenido de ésta hacía referencia de forma estricta a la personalidad del autor o, porque la propiedad material de los escritos e, incluso del resto de las cosas materiales objeto de regalo debían ser restituidas a la parte de quien proviniese.

Con posterioridad, esta problemática sería abordada y resuelta por el Proyecto del actual Código civil italiano, donde en su artículo 78 del Libro I, venía establecida, además de la obligación de la restitución de los regalos, aquella otra consistente en la restitución de la correspondencia.

Sin embargo, en la redacción definitiva, se mantuvo en el vigente artículo 80 del Código, únicamente la obligación de la restitución de los regalos no haciéndose referencia alguna a la restitución de la correspondencia, debido al rechazo por el Ministro de Justicia de la

---

<sup>1238</sup> *Op. cit.*, p. 771.

<sup>1239</sup> En el mismo sentido, *vid.*, NOVARA, *op. cit.*, p. 105.

<sup>1240</sup> Para un encuadramiento de la cuestión, *vid.*, CAPOZZI, Luigi: «Valore giuridico delle lettere tra fidanzati», in *Dir. e giur.*, 1946, p. 225.

<sup>1241</sup> *Vid.*, la Sentencia del Trib. Verona, 30 dicembre 1936, in *Foro venezia.*, 1937, p. 292.

propuesta presentada por la Comisión parlamentaria en los trabajos preparatorios para la reforma del Código. Este rechazo estuvo basado tanto por la dificultad práctica que presentaba determinar la correspondencia intercambiada, como por el hecho de que se trataban de relaciones esencialmente reguladas por la costumbre y la moral<sup>1242</sup>.

Asimismo, la propuesta presentada por la Comisión parlamentaria cuyo objeto fue afirmar el principio de la existencia del Derecho a la restitución de las cartas, se resumió en añadir al párrafo primero del vigente artículo 80 del Código civil, después de las palabras «dei doni fatti», las palabras «e delle lettere inviate»<sup>1243</sup>. Esto se justificaba en que la obligación de la restitución de la correspondencia tenía un particular valor moral y a menudo podía contener confidencias o cualquier otra información que no debía ser objeto de divulgación.

De modo que, en la actualidad, este criterio adecuado a cualquier decisión jurisprudencial excluye que la obligación de restitución -prevista por el precepto para los regalos realizados a causa de la promesa- también se extienda a la correspondencia<sup>1244</sup>. Sin embargo, aunque esta solución ha

---

<sup>1242</sup> Relazione al Guadasigilli al Re Imperatore, n. 68: «Non viene ritenuto opportuno di accogliere la proposta dei prevedere anche la restituzione delle lettere, sia per la difficoltà pratica di determinare la corrispondenza scambiata, sia perchè si tratta di rapporti essenzialmente regolati dal costume e dalla morale».

<sup>1243</sup> Atti della Commissione parlamentaria. Verbale n. 19. seduta dal 23 gennaio 1937-XVI.

<sup>1244</sup> FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 120. La jurisprudencia, por su parte, niega la posibilidad de que la correspondencia se pueda integrar dentro del concepto de los regalos, en este sentido, la Sentencia del Trib. Napoli, 29 luglio 1965, sostiene que «non possono invero qualificarsi doni le lettere, le quali costituiscono unicamente un mezzo di comunicazione delle proprie idee e dei propri sentimenti, né è seriamente ravvisabile spirito di liberalità nel mittente e arricchimento nel destinatario, a parte il contenuto della missiva, di volta in volta gradito o sgradito al destinatario» (*op. cit.*, p. 62) y, *vid.*, la Sentencia del Trib. Roma, 26 luglio 1962, *op. cit.*, p. 208. En el mismo sentido, desde el punto de vista doctrinal, *vid.*, FINOCCHIARO, A, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 674 y, «Della promessa...», *op. cit.*, p. 678; BIONDI, *Le donazioni...*, *op. cit.*, p. 784; TORRENTE, *La donazione...*, *op. cit.*, Nt. 116, p. 123.

Dentro de la doctrina que excluye que para la restitución de la correspondencia sea aplicable el artículo 80 del Código civil, entre otros, FERRARA-SANTAMARIA, admite «la restituzione in quanto il fidanzato destinatario, dopo la rottura della promessa, non avrebbe titolo per rifiutare la restituzione al fidanzato mittente» (*op. cit.*, p. 83).

sido respetada por la jurisprudencia<sup>1245</sup>, lo cierto es que todavía sigue siendo objeto de crítica por la doctrina<sup>1246</sup>.

En este sentido, algunos autores<sup>1247</sup> afirman que, desde el momento en que la propuesta parlamentaria para ordenar también la restitución de la correspondencia no fue aceptada, ésta no podrá ser requerida, permitiendo ésta inaceptación que se ponga de manifiesto el peligro para el Derecho de la personalidad que se podría derivar de la exclusión de su repetición.

Por otra parte, aún a pesar del silencio legislativo a este respecto, esta problemática sigue vigente, por lo que no cabe la afirmación de que la pretensión de quien solicita la restitución de la correspondencia intercambiada constante la promesa de matrimonio se encuentre basada únicamente en la costumbre o en la moral. De modo que la solución a esta cuestión resulta particularmente difícil, debido a que el Código civil italiano de 1942 no establece disciplina alguna, ni siquiera para determinar la propiedad de las cartas en general. Punto en el que la doctrina<sup>1248</sup> es prácticamente unánime al afirmar que tras la entrega de las cartas, la propiedad de éstas no pertenece al remitente, sino que pasa a pertenecer al destinatario, lo que se justifica en la imposibilidad de que las cartas tengan un valor distinto del sentimental, de modo que en su envío lo que se reconoce es el «animus donandi», debido a que el remitente, como norma general, lo que pretende es expresar únicamente al destinatario sus sentimientos y proyectos<sup>1249</sup>.

---

<sup>1245</sup> En jurisprudencia, *vid.*, las Sentencias del Trib. Roma, 26 luglio 1962, *op. cit.*, p. 208; Trib. Napoli, sent. 29 luglio 1965, *op. cit.*, p. 62, *op. cit.*, p. 480.

<sup>1246</sup> En este sentido, GANGI, advierte que la divulgación de las cartas puede originar daños al Derecho de la intimidad del remitente e, incluso la existencia de otras consecuencias de orden civil o penal (*vid.*, *op. cit.*, p. 72) y, *vid.*, en idéntica línea, CANDIAN, *op. cit.*, p. 484.

<sup>1247</sup> *Vid.*, DEGNI, *Del matrimonio...*, *op. cit.*, p. 50; BOCCHINI, *op. cit.*, p. 62.

<sup>1248</sup> En doctrina, *vid.*, DE GIORGI, *op. cit.*, pp. 770-771; TATARANO, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, pp. 658-659; NAVARRA, Antonio: *Lettere missive*, Firenze, 1939, p. 51; CARRARO, Luigi: *Il diritto sul documento*, Cedam, Padova, 1941, p. 63; ENRIETTI, Enrico: «Osservazioni critiche su una recente costruzione defli sponsali», *in Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, p. 684.

<sup>1249</sup> En jurisprudencia, *vid.*, la Sentencia del Trib. Napoli, 29 luglio 1965, *op. cit.*, p. 62.



Por otra parte, el interés por el destinatario en retener las cartas se podría justificar en que los datos contenidos por éstas en relación a su persona podrían tener cierta relevancia social. Por ello, se origina la necesidad de garantizar la protección de la privacidad no solo del autor de la correspondencia, sino también de aquél<sup>1250</sup>.

En este sentido, FINOCCHIARO, F,<sup>1251</sup> entiende que el ya mencionado silencio normativo que presenta el precepto, no significa que el Ordenamiento italiano no permita una garantía al autor y al destinatario de las cartas frente a los eventuales usos abusivos de las cartas. De hecho, si se abandonara el esquema tradicional de la restitución de la correspondencia, del mismo modo que los otros objetos que un prometido pudiese haber dado al otro durante el periodo del compromiso, no sería difícil encontrar una posible solución al problema conforme a los principios que regulan el Derecho moral del autor.

Por otra parte, como diversos autores, ponen de manifiesto si el peligro de la divulgación del contenido de las cartas es lo que inoportuna y obliga a reclamar la restitución de aquéllas al ex-prometido, la cuestión debería ser presentada en los términos de los Derechos de la personalidad, debido a que la revelación del contenido de las cartas socavaría el derecho a la privacidad de la persona, además de que la privacidad de la correspondencia merece ser tutelada al menos por las mismas razones que inducen a la Ley a garantizar *per se* el Derecho a la propia imagen<sup>1252</sup>.

Conforme a este principio de privacidad, el remitente no tendría derecho alguno a la restitución de las cartas que envió, pero sí se salvaría el

---

<sup>1250</sup> Vid., OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, pp. 159-160, y «La promessa di...», *op. cit.*, pp. 180-181. En relación a la tutela de la privacidad y del secreto de la correspondencia, como aspecto de la protección de la personalidad individual, *vid.*, las aportaciones de DE CUPIS, Adriano: *I diritti della personalità*, Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 1982, pp. 319 y ss.

<sup>1251</sup> «Del matrimonio...», *op. cit.*, pp. 121-122.

<sup>1252</sup> Vid., TATARANO, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, p. 659; SANTOSUOSSO, «Delle persone...», *op. cit.*, p. 33; ENRIETTI, *op. cit.*, p. 684; ZAMBRANO, Virginia: «I diritti della personalità», in AA. VV. *Manuale di diritto privato*, a cura di Pasquale STANZIONE, Giappichelli ed., Torino, 2009, pp. 309-347.

derecho a la no difusión del contenido de éstas. Esto se justifica en diversas disposiciones del Ordenamiento Jurídico italiano, las cuales reflejan el reconocimiento de este interés en mantener la confidencialidad o privacidad, lo que posibilita, por analogía, aplicar a la protección de la correspondencia intercambiada entre los prometidos, las disposiciones relativas a la protección de los Derechos morales del autor<sup>1253</sup>.

Reconocimiento que se encuentra regulado, entre otros, por el artículo 514. 6 del Código de Procedería Civil; por los artículos 216 a 620, del Código Penal, en materia de Tutela penal de la correspondencia y, por los artículos 93 y 168, 156 y 158 de la Ley n. 633, de 22 de abril de 1941, referidos a la disciplina de la publicación de correspondencia epistolar, sobre protección de los Derechos del autor. Estas disposiciones que imponen la obligación de la no divulgación del contenido de la correspondencia epistolar, no atribuyen Derecho alguno a su restitución.

Así, el artículo 93 de la Ley n. 633, de 22 de abril de 1941, sobre protección de los Derechos de autor, que disciplina los derechos relacionados con la correspondencia epistolar que tiene carácter confidencial o se refiere a la intimidad de la vida privada –como sucede en el este caso- preve que, la difusión del contenido de tales documentos requerirá del consentimiento de ambas partes, es decir, tanto del autor como del destinatario<sup>1254</sup>, no siendo lícita su difusión en caso contrario.

En este sentido, CANDIAN<sup>1255</sup> observa que a la luz de este principio, también se encuentra protegida la posición del destinatario, tanto es así, que en virtud del artículo 93 de la Ley n. 633, de 22 de abril de 1941, se requiere del consentimiento de ambas partes, para la publicación del contenido de la correspondencia, poniendose al autor y al destinatario sobre un mismo

---

<sup>1253</sup> *Vid.*, DE GIORGI, *op. cit.*, p. 771; FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 122; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 160.

<sup>1254</sup> *Vid.*, en esta materia, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 160 y, «La promessa di...», *op. cit.*, p. 181.

<sup>1255</sup> *Op. cit.*, p. 484.

plano, con la finalidad de que ninguna de las partes pueda utilizar los escritos de forma indebida. Por otra parte, la protección del autor de las cartas a la privacidad, no podrá operar en términos de restitución de éstas, debido a que el precepto garantiza la posición del destinatario, lo que permite enlazar el derecho a la no restitución de la correspondencia del destinatario con el Derecho a la privacidad del remitente.

En consecuencia, la doctrina<sup>1256</sup> más reciente, entiende que si el destinatario no consiente a la restitución de la correspondencia, el Juez no podrá imponerla, pero sí podrá retenerla en interés de una o ambas partes y, posteriormente, ordenar –por solicitud del autor- la destrucción de ésta – conforme a lo establecido por los artículos 168, 156 y 158 de la Ley 633/1941, sobre derechos del autor- garantizando el derecho en cuestión. Destrucción que se configura como la única medida a adoptar para aplicar de forma simultánea el derecho de ambas partes.

Por otra parte, el artículo 156 de la Ley 633/1941, sobre protección de los Derechos del autor prevé la protección judicial del autor de la carta, al afirmar que el ex-prometido que temiese la vulneración de su derecho de privacidad por la otra parte o por cualquier persona que tuviera en su poder las cartas, podrá solicitar por vía cautelar al Juez, una orden de prohibición de la vulneración, con la finalidad de impedir la continuación y repetición de una vulneración ya ocurrida<sup>1257</sup>.

---

<sup>1256</sup> Así, CANDIAN, dice que: «Ne deriva che il giudice, dopo avere eventualmente disposto il sequestro della corrispondenza chiesta in restituzione da uno dei due ex fidanzati, o dai suoi eredi, ove l'altra parte resista a la domanda, non possa che ordinare la distruzione» (*op. cit.*, p. 484). También, *vid.*, FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 122; SANTOSUOSSO, «Delle persone...», *op. cit.*, p. 33; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...», op. cit.*, p. 160 y, «La promessa di...», *op. cit.*, p. 181; TATARANO, «La Promessa...», *op. cit.*, p. 528 y, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, pp. 658-659; FERRANDO, *op. cit.*, p. 255; AULETTA, *Il Diritto...», 2002, op. cit.*, p. 23.

<sup>1257</sup> En este sentido, TRABUCCHI, dice que: «La legge è muta; e pertanto si presenta come ipotesi per invocare l'applicazione dell'art. 8 delle preleggi, che rinvia agli usi il regolamento delle materie non disciplinate da norme scritte. E gli usi sono nel senso di una obbligo di restituzione. Restituzione o accordo di una controllata e bilaterale eliminazione. Restituzione, vuol dire diritto ad eseritare una pretesa diretta sull'oggetto in questione nei casi in cui l'individuazione e l'ubicazione risultino da indicazioni precise: diritto che, ad evitare abusi, e sussistendone i presupposti di fatto, si potrà esercitare con una

Por tanto, y sobre la base de la experiencia común FINOCCHIARO, F<sup>1258</sup> - acertadamente - sostiene que, parece admisible que el temor razonado en la violación de la confidencialidad de la correspondencia pueda encontrar razones fundadas, tanto en la no celebración del matrimonio como en la imposibilidad de controlar las actitudes del ex prometido que tenga en su poder dichas cartas<sup>1259</sup>.

Asimismo, con independencia de la medida demandada, el simple hecho de la ruptura de la promesa no comporta *per se* de forma necesaria un peligro real para que el contenido de dichas cartas -de carácter confidencial- se dé a conocer a terceros<sup>1260</sup>.

Otra cuestión de interés, radica en la posibilidad de que la correspondencia contenga un valor intrínseco literario o autográfico. Esta cuestión aunque ha sido salvada por parte de la doctrina<sup>1261</sup>, al afirmar que en este caso cuando se haya descartado cualquier peligro para la privacidad del destinatario, el documento deberá ser equiparado a los regalos, lo cierto es que ha sido objeto de numerosas críticas doctrinales<sup>1262</sup>, debido a la imposibilidad de aceptar la equiparación del régimen de este supuesto al

---

rivendicazione, preceduta, ove sta il caso, dall'attuazione di un sequestro giudiziario presso il destinatario o presso un terzo depositario» («Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 20) y, *vid.*, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 160 y, «La promessa di...», *op. cit.*, p. 181; LOI, voce «Promessa...», *op. cit.*, pp. 86-96.

<sup>1258</sup> «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 122.

<sup>1259</sup> También, *vid.*, en este sentido, las argumentaciones de CANDIAN, *op. cit.*, p. 482.

<sup>1260</sup> *Vid.*, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 161 y, «La promessa di...», *op. cit.*, p. 181. En jurisprudencia, la Sentencia del Trib. Napoli, 29 luglio 1965, pone de manifiesto que sobre la base de la disposición en materia de Derecho del autor, no sería posible, al afirmar que «derivare in linea di principio un generico obbligo di restituzione della corrispondenza intercorsa fra fidanzati: in primo luogo perchè questa corrispondenza non ha necessariamente un contenuto confidenziale ed intimo; in secondo luogo perchè è quanto meno dubbio che la semplice rottura del fidanzamento importi di per sè al di là di una mera possibilità il concreto pericolo che venga reso noto ad altri l'eventuale contenuto confidenziale delle lettere» (*op. cit.*, p. 62).

<sup>1261</sup> *Vid.*, SANTOSUOSSO, «Il matrimonio e il regime patrimoniale...», *op. cit.*, p. 39 y, «Delle persone...», *op. cit.*, p. 34.

<sup>1262</sup> *Vid.*, FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 123.

previsto para los regalos, ya que en caso de contestación no resulta posible hacer prevalecer la posición de una de las partes sobre la otra.

**c) *La concesión periódica de sumas de dinero entre los prometidos***

Otra cuestión directamente relacionada con la figura se concreta en la entrega de las sumas de dinero<sup>1263</sup> que uno de los prometidos suele dar al otro para la adquisición de objetos necesarios para la decoración del futuro domicilio conyugal –mobiliario, electrodomésticos, ropa [...]-, el equipamiento personal de quien lo recibe o, para conseguir objetivos que las partes consideren que constituyen condiciones indispensables para la celebración del matrimonio e, incluso los destinados para continuar y finalizar los estudios<sup>1264</sup>. Supuestos todos en los que estos objetos no tendrán la consideración de regalos y, en consecuencia, no serán repetibles, debiendo necesariamente restituirse íntegramente la cantidad recibida.

La reconducción de tal hipótesis al esquema del artículo 80 del Código civil surge si se tiene en cuenta que los regalos a que se refiere dicha disposición, también pueden ser «modali», por tanto, cuando el matrimonio «pende» sería aceptable una acción para el cumplimiento del «modus», mientras que en caso de producirse la ruptura de la promesa de matrimonio la restitución del regalo podría ser requerida, debido a que ha venido a menos la «causa»<sup>1265</sup>.

---

<sup>1263</sup> *Vid.*, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 162; SANTOSUOSSO, «Il matrimonio e il regime patrimoniale...», *op. cit.*, pp. 37-38 e, «Il matrimonio»..., *op. cit.*, pp. 16-17; FINOCCHIARO, A, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 674; CENDON, *Codice Civile...*, *op. cit.*, p. 173; TRABUCCHI, «Della promessa...», 1995, *op. cit.*, p. 167.

<sup>1264</sup> En jurisprudencia, por ejemplo, el caso resuelto por la Sentencia del Trib. Foggia, 11 maggio 1963, in *Rep. Fl.*, 1963, voce «Matrimonio», c. 36: «Il mantenimento agli studi durante il fidanzamento per consentire il conseguimento di titolo accademico, promessa necessaria per la celebrazione del successivo matrimonio, quando è collegato a specifiche richieste periodiche e corrispondenti adempimenti, conserva sempre il contenuto di singoli rapporti giuridici qualificabili come donativi in previsione di futuro matrimonio».

<sup>1265</sup> *Vid.*, TATARANO, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, p. 657. Para una reseña de la casuística jurisprudencial, *vid.*, DE GIORGI, *op. cit.*, p. 768. Para una situación en la que se presupone que las partes habían claramente previsto una obligación de restitución, la Sentencia de la App. Firenze, sent. 26 luglio 1948, afirma que «il fidanzato, il quale periodicamente conceda somme di denaro alla fidanzata, affinché possa provvedere

En síntesis, las sumas de dinero concedidas de forma periódica por el prometido a la prometida, con la finalidad de que ésta proceda a la compra de objetos domésticos o de equipamiento personal deberán ser restituidas de forma íntegra en caso de que tenga lugar la ruptura de la promesa de matrimonio, debido a que se trata de sumas de dinero otorgadas a título de préstamo a largo plazo gratuito y de bienes adquiridos con dinero donado<sup>1266</sup>.

Por su parte, la *Sentencia de la Corte de Cassazione, de 2 maggio de 1983*, ha demostrado con una amplia argumentación que la restitución de los regalos, también será debida para el supuesto de que la negativa provenga del prometido al que le sea atribuida la ruptura del compromiso<sup>1267</sup>.

Asimismo, en caso de adquisición de bienes –mediando promesa de matrimonio– por ambos prometidos con dinero propio, el bien será común<sup>1268</sup> y, por tanto, su adquisición se habrá realizado en comunión o sociedad indivisa<sup>1269</sup>. Supuesto en el que:

---

all'acquisto del suo corredore personale, della biancheria della casa e di altri oggetti domestici, pone in essere un contratto di mutuo gratuito e che pertanto il denaro mutuato e gli oggetti acquistati con esso no sono più di sua proprietà, ma di proprietà della fidanzata mutuataria, la quale, in caso di rottura, ha l'obbligo giuridico di restituire la somma ricevuta» (in *Rep. Fl.*, 1951, voce «Matrimonio», n. 65).

<sup>1266</sup> *Vid.*, ALESSANDRI, «La promessa...», 2005, *op. cit.*, p. 114 y, «La promessa...», 2008, *op. cit.*, p. 154; TRABUCCHI, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 19 y, «Della promessa...», 1995, *op. cit.*, p. 167.

<sup>1267</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Cass. civ., Sez. I, 2 maggio 1983, n. 3015, *op. cit.*, p. 916, *op. cit.*, p. 1370.

<sup>1268</sup> *Vid.*, ALESSANDRI, «La promessa...», 2005, *op. cit.*, p. 114 y, «La promessa...», 2008, *op. cit.*, p. 154 TRABUCCHI, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 19 y, «Della promessa...», 1995, *op. cit.*, p. 167; SANTOSUOSSO, «Il matrimonio e il regime patrimoniale...», *op. cit.*, pp. 37-38; FINOCCHIARO, A, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 674 y, «Della promessa...», *op. cit.*, p. 680.

<sup>1269</sup> Sobre una extensa explicación de la comunión o sociedad indivisa, *vid.*, ESCRICHE, Joaquín: *Diccionario razonado de Legislación civil, penal, comercial y forense ó sea Resumen de las Leyes, usos, prácticas y costumbres, como asimismo de las doctrinas de los jurisconsultos; dispuesto por orden alfabético de materias, con la explicación de los términos en Derecho*, imprenta de José Ferrer de Orga, Valencia, 1838, pp. 594-595.

a) Si posteriormente estos bienes pasan a ser propiedad de uno solo de ellos -debido a la donación que efectúa uno a favor del otro, concretada en la cuota de la propiedad a causa de la promesa de matrimonio-, en caso de ruptura de la promesa el bien o bienes donados no deberán ser restituidos, sino vendidos y el dinero recabado distribuido en proporción a la contribución que cada uno de ellos hubiese efectuado en el momento de su compra y,

b) en el supuesto de que las partes hubiesen acordado devolver los bienes adquiridos en especie, el donatario tendrá derecho a recibir la suma neta inicialmente desembolsada de la cantidad correspondiente a la desvalorización del bien originado por el uso que se hubiera realizado de éste durante la duración del compromiso<sup>1270</sup>.

En particular, en el supuesto de convivencia «more uxorio» en el que una de las partes -en vista del inminente matrimonio- efectúa la entrega de cantidades de dinero para la restructuración del apartamento de la otra parte, la entrega de esta suma de dinero tendrá la consideración de donación obnupcial, previéndose, por tanto, la restitución de la cantidad pagada en el plazo de prescripción de un año de la fecha fijada para la celebración del matrimonio<sup>1271</sup>.

---

<sup>1270</sup> En este sentido, la Sentencia del Trib. Chiavari, 30 luglio 1951, decidió que «se per la acquisto di un oggetto -in concreto un indumento femminile: una pelliccia- abbiano contribuito con denaro proprio entrambi i fidanzati e l'oggetto, pertanto comune, sia stato donato, per la sua parte, dallo sposo alla sposa a causa della promessa di matrimonio, ove poi il matrimonio non segua e si chieda la restituzione dei doni nuziali, ai sensi dell'articolo 80, si debba ritenere che, venuta a meno la donazione, permanga la comunione iniziale. Perciò si dovrà far luogo non alla restituzione della cosa, ma alla vendita di essa e alla distribuzione del denaro ricavato in proporzione del contributo di ciascuno nell'acquisto della cosa». Por otra parte, el Tribunal partiendo del hecho de que las partes habían acordado la restitución al esposo del bien en especie, ha afirmado que «la sposa non poteva pretendere la restituzione dell'intero suo sborso, dovendosi detrarre da esso l'ammontare del deprezzamento dell'uso della pelliccia fatto nel periodo del fidanzamento» (Carmagnini-Sivori, in *Temì genov.*, 1951, p. 582).

<sup>1271</sup> *Vid.*, ALPA e GAROFOLI, *op. cit.*, p. 61; ALESSANDRI, «La promessa...», 2008, *op. cit.*, p. 154. En Jurisprudencia, entre otras, *vid.*, la Sentencia del Trib. Napoli, Sez. II, 27 gennaio 2005, in *GM*, 2005, 9, p. 1828.

### 3. LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE LOS REGALOS

#### A. La naturaleza de la acción

Como ya se ha anunciado, para ejercitar la acción de restitución de los regalos es suficiente con que la promesa sea de tipo simple, no sujeta a requisito de capacidad o de forma alguno -calificada de mero hecho social- y, no productiva de ningún efecto jurídico directo, de ahí que incluso se pueda deducir de la comida entre ambas familias o del intercambio de regalos.

Por otra parte, la restitución de las donaciones o regalos a que alude el artículo 80 del Código civil no deriva de la promesa, sino de la imposibilidad de celebrar el matrimonio<sup>1272</sup> -aspecto que ha sido precisado por la Corte di Cassazione<sup>1273</sup>-, de modo que este tipo de promesa confiere la facultad al prometido de solicitar la restitución de los regalos dados como consecuencia de la promesa de matrimonio realizada.

Por cuanto atañe a la naturaleza de la acción de la restitución de los bienes, conviene precisar que la inexistencia de unanimidad de opiniones doctrinales y jurisprudenciales, ha originado la existencia de opiniones controvertidas.

En este sentido, la jurisprudencia<sup>1274</sup> sostiene que la acción de restitución presenta un carácter personal y corresponde únicamente a los promitentes, es decir, a los prometidos que se han realizado los regalos y no a otros sujetos como serían, por ejemplo, los progenitores de éstos. Por tanto, no tendrán la consideración de sujetos legitimados para ejercitar la acción los terceros que hubiesen otorgado regalos a los futuros esposos, sino

---

<sup>1272</sup> Vid., GUASTALLA, *op. cit.*, p. 119; MERZ, CARBONI, MARTORANA e SQUOTTI, *op. cit.*, p. 9; NOVELLA BUGETTI, *op. cit.*, p. 27; FINOCCHIARO, A, «Della promessa...», *op. cit.*, p. 674; ALESSANDRI, «La promessa...», 2008, *op. cit.*, p. 153 y, «La promessa...», 2005, *op. cit.*, p. 114; DI ROSA, *op. cit.*, p. 25.

<sup>1273</sup> En esta línea, *vid.*, la Sentencia de la Cass. civ., Sez. I, 2 maggio 1983, n. 3015, *op. cit.*, p. 916, *op. cit.*, p. 1370) y, en doctrina, FINOCCHIARO, F, por cuanto considera «la promessa semplice un mero fatto sociale» («Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 106).

<sup>1274</sup> Vid., la Sentencia del Trib. Vercelli, 7 agosto 1969, *op. cit.*, p. 726.



que quedarán al amparo del artículo 785 del Código civil relativo a donaciones obnupciales -precepto que prevé de forma expresa la hipótesis de que el tercero intervenga para ayudar al futuro matrimonio-.

De lo dicho se sigue que la norma prevé una acción de resolución con carácter obligatorio respecto de los bienes donados y no una acción de reclamación que se puede hacer valer frente a terceros.

En este sentido, la problemática se ha planteado respecto a la restitución de los bienes inmobiliarios en los que no está prevista la transcripción de la demanda para proteger la reclamación de restitución frente a terceros, por lo que para garantizar la eficacia de la reclamación únicamente se puede actuar a través de la incautación judicial<sup>1275</sup>.

Por tanto, se está en presencia de una acción de revocación, en la que el titular del Derecho está habilitado para cumplir satisfacciones de carácter coercitivo no quedando la otra parte liberada de la obligación de restitución de los regalos que no han sido destruidos y, debiendo restituir su valor<sup>1276</sup>.

De forma análoga, la doctrina ha considerado la naturaleza de la acción de restitución de forma alternativa, bien como un caso particular de revocación de los regalos, bajo la creencia de que se está en presencia de una acción personal con efectos reales, no muy diferente de la hipótesis de revocación de las donaciones a que hace referencia el artículo 800 del Código civil<sup>1277</sup> o, como una acción de repetición indebida conforme a lo dispuesto por el artículo 2.037<sup>1278</sup>, con la premisa de que la demanda tiende

---

<sup>1275</sup> *Vid.*, TRABUCCHI: «Della promessa...», 1995, *op. cit.*, pp. 166-167 y, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 18.

<sup>1276</sup> *Vid.*, la Sentencia de la App. Palermo, 18 maggio 1945, *op. cit.*, n. 36.

<sup>1277</sup> *Vid.*, FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 123; AQUINO e TALLARINA, *op. cit.*, p. 102.

<sup>1278</sup> Dice el literal del precepto: «-Quien ha recibido indebidamente una cosa determinada, está obligado a devolverla. -Si la cosa ha perecido, aunque sea por caso fortuito (1218, 1256), quien la ha recibido de mala fe está obligado a corresponder su valor; si la cosa está sólo deteriorada, quien la ha dado puede solicitar su equivalente, o la restitución y la indemnización por la pérdida de su valor. -Quien ha recibido la cosa de buena fe (1147) no responde de la pérdida o del deterioro de ésta, aunque dependa de su propio hecho, excepto dentro de los límites de su enriquecimiento» Trad.: «-Chi ha ricevuto

en primer término a aceptar el carácter indebido de la atribución como una condición preliminar a la solicitud de repetición<sup>1279</sup>. Esta alternativa se ha previsto como solución a las numerosas cuestiones que podrían surgir en relación a la restitución de los regalos prenupciales: pérdida, alienación, deterioramiento de los bienes donados a los novios, gastos [...] <sup>1280</sup>.

## B. El plazo de la acción

Por lo que al plazo de la acción se refiere, conforme al párrafo segundo del artículo 80 del Código civil, para el ejercicio de la acción de restitución, se ha establecido un plazo de caducidad con la duración de un año<sup>1281</sup> a partir del día en que se hubiera producido el rechazo o negativa a la celebración del matrimonio o del día del fallecimiento de uno de los dos prometidos.

Por cuanto atañe al segundo supuesto, conviene precisar que la jurisprudencia<sup>1282</sup> ha sido unánime al establecer correcto que este segundo *dies a quo* aunque no debe sugerir que los regalos puedan ser reclamados por los herederos del fallecido, lo cierto es que sí cabe la posibilidad que siempre sea uno de los prometidos el legitimado a ejercitar la acción<sup>1283</sup>, incluso en contra de la voluntad de los herederos de la otra parte. Además, prevé que la acción propuesta de inmediato por el prometido o,

---

indebitamente una cosa determinata è tenuto a restituirla. -Se la cosa è perita, anche per caso fortuito (1218, 1256), chi l'ha ricevuta in mala fede è tenuto a corrisponderne il valore; se la cosa è soltanto deteriorata, colui che l'ha data può chiedere l'equivalente, oppure la restituzione e un'indennità per la diminuzione di valore. -Chi ha ricevuto la cosa in buona fede (1147) non risponde del perimento o del deterioramento di essa, ancorché dipenda da fatto proprio, se non nei limiti del suo arricchimento».

<sup>1279</sup> *Vid.*, OBERTO, voce «La promessa di matrimonio...», *op. cit.*, p. 404.

<sup>1280</sup> *Vid.*, AQUINO e TALLARINA, *op. cit.*, p. 102.

<sup>1281</sup> Punto en el que la doctrina es unánime no encontrándose voces discordantes, entre otros, *vid.*, los manuales de SANTOSUOSSO, «Delle persone...», *op. cit.*, p. 34; FERRANDO, *op. cit.*, p. 254; TRABUCCHI, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 19; RESCIGNO, *op. cit.*, p. 9.

<sup>1282</sup> Desde el punto jurisprudencial, la Sentencia de la App. Palermo, 18 maggio 1945, dice que «la decorrenza del secondo termine di un anno dalla morte di uno dei promittenti non deve far ritenere che i doni possano essere chiesti eredi» (*op. cit.*, n. 36).

<sup>1283</sup> Cfr. artículo 80 del Código civil italiano de 1942.

interrumpido el proceso debido al fallecimiento de éste sea retomada por sus herederos en los términos previstos por la Ley<sup>1284</sup>, es decir, que el transcurso del plazo de un año desde la muerte de uno de los prometidos no deberá perjudicar a los herederos de aquél que hubiera propuesto la acción en el plazo establecido, siempre que el proceso hubiese sido reasumido por sus herederos dentro de los plazos previstos por la Ley.

En este sentido, el derogado Código civil de 1865, preveía un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de resarcimiento de los daños originados, de forma análoga a lo previsto por el último párrafo del vigente artículo 81 del Código civil. En aquél se establecía como *dies a quo* el día en que el matrimonio se debía haber celebrado –es decir, el día en el que la promesa de matrimonio se debía haber cumplido-, presentando, por tanto, una sustancial diferencia con el *dies a quo* previsto por la vigente norma contenida en el artículo 80.

Esta norma, en principio, resulta más fructífera que la prevista por el derogado Código civil de 1865, puesto que ésta establecía un plazo de carácter impreciso, debido a que, como norma general, las partes no atribuían un valor esencial a la fecha de la celebración del matrimonio<sup>1285</sup>, ya que en numerosas ocasiones y por razones ajenas, esta fecha podía ser objeto de cambios con independencia de la voluntad de los contrayentes. Por ello, el legislador italiano establece en el Código civil de 1942 como *dies a quo* el día en que ciertamente el matrimonio no tuviese lugar, conforme a la negativa a la celebración del matrimonio, tanto para la acción del resarcimiento de los daños como para la referida en la restitución de los regalos y, añade para esta última, otra hipótesis concretada en el fallecimiento de una de las partes.

En suma, el *dies a quo* de la acción comenzará desde el mismo día de la ruptura del compromiso, es decir, a partir del día de la negativa a la

---

<sup>1284</sup> Vid., SANTOSUOSSO, «Delle persone...», *op. cit.*, p. 35 e, «Il matrimonio e il regime patrimoniale...», *op. cit.*, p. 21; FINOCCHIARO, A, «Della promessa...», *op. cit.*, p. 679.

<sup>1285</sup> Vid., la Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo del Libro I del Codice civile, n. 92. Donde dice que «le parti non attribuiscono valore essenziale alla data delle nozze».

celebración de las futuras nupcias<sup>1286</sup> o, desde el día del fallecimiento de uno de los prometidos<sup>1287</sup> y, no desde el momento en que la promesa de matrimonio se debía haber cumplido<sup>1288</sup>, como preveía el derogado Código civil de 1865. Asimismo, este plazo será igual para ambas partes, con independencia de que el conocimiento a la negativa a celebrar el matrimonio se les haya comunicado en días distintos, por tanto, en caso de que el rechazo no se hubiese realizado formalmente la restitución se pedirá siempre, debido a que la demanda en sí misma considerada implica la resolución de la premisa. Y en el supuesto de que el *dies a quo* se calculará desde el día del fallecimiento, el plazo anual comenzará completo si previamente se comprobó el rechazo producido por una de las partes<sup>1289</sup>.

Por otra parte, la doctrina<sup>1290</sup> más consolidada afirma que este plazo de la acción será de caducidad y no de prescripción, debido a que se encuentra establecido por Ley, con la finalidad de precisar el tiempo dentro del cual deberá ser ejercitado el Derecho para solicitar la restitución de los regalos. En este sentido, OBERTO<sup>1291</sup>, apunta que parece que la norma se haya

---

<sup>1286</sup> En este sentido, GANGI, pone de manifiesto que se nota que el proyecto preliminar del Código civil de 1942 [artículo 96], siguiendo los pasos del artículo 54 del Código civil de 1865, identificaba como *dies a quo* del periodo en examen, la relación entre sí de las acciones derivadas de los esponsales, configurados como aquéllos en los que la promesa de matrimonio debía ser realizada. Asimismo, entiende que en el proyecto definitivo se hace referencia al día concreto de la ruptura, debido a que, normalmente, las partes no atribuían al día fijado para la celebración del matrimonio un valor esencial, mientras que la voluntad de las partes de retirarse sí se podía deducir de manera cierta solo de la negativa a la celebración al matrimonio (*vid., op. cit.*, p. 58).

<sup>1287</sup> Cfr., artículo 80 del Código civil italiano.

<sup>1288</sup> *Vid.*, SANTOSUOSSO, «Il matrimonio»..., *op. cit.*, p. 17.

<sup>1289</sup> En este sentido, *vid.*, TRABUCCHI, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 19. Por el contrario, OBERTO dice que una vez expresado el rechazo y completado el periodo de caducidad, conforme al carácter alternativo que presentan ambos supuestos, en relación al cálculo de la base del periodo en cuestión, resultará irrelevante el posterior fallecimiento del donatario (*vid., La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 182).

<sup>1290</sup> Son de esta opinión, entre otros, SANTOSUOSSO, «Delle persone...», *op. cit.*, p. 35; NOVARA, *op. cit.*, p. 97; FERRANDO, *op. cit.*, p. 254; OBERTO, voce «La promessa di matrimonio...», *op. cit.*, p. 405; FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 133; TRABUCCHI, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 19.

<sup>1291</sup> *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 180.

colocado en el ámbito del Derecho de familia, mientras que aquí de lo que se trata es de un derecho puramente patrimonial y disponible<sup>1292</sup>, en el sentido de que los bienes sean evaluados únicamente en valor económico, aunque también se podría tratar de bienes en los que las partes estableciesen fuertes lazos afectivos y, añade que esta misma conclusión podría inducir a una reconstrucción del caso, que calificara como un poder la situación en la que se encontraría el donante tras la ruptura<sup>1293</sup>, poniéndose en evidencia la naturaleza excepcional de la acción<sup>1294</sup>. En cualquier caso y, desde el punto de vista de los Derechos disponibles esta limitación del plazo de la acción, podrá ser impedida del reconocimiento del Derecho a la restitución, conforme al artículo 2.966 del Código civil<sup>1295</sup>.

Finalmente, el plazo podrá ser interrumpido únicamente por el procedimiento judicial o por el reconocimiento por la otra parte<sup>1296</sup>, no

---

<sup>1292</sup> En este sentido, la Sentencia de la Cass. civ., sent. 7 agosto 1952, n. 2586, dice que: «La volontà di rinunciare ad un proprio diritto (nella specie: alla restituzione dei doni ex articolo 80 dal Codice civile) è compatibile con la volontà di non riconoscere un diritto altrui e quindi di opporre l'eccezione di decadenza (nella specie: dell'azione di danni da mancata promessa di matrimonio)» (in, *Rep. Fl.*, 1952, voce «Matrimonio», n. 41.).

<sup>1293</sup> Para un intento de distinguir entre caducidad y prescripción con respecto a la naturaleza de la situación subjetiva, ROMANO, Santi (en *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 1947, p. 48) dice que «la prescrizione determina l'estinzione di un diritto; la decadenza, non l'estinzione di un potere, ma l'impossibilità di esercitarlo in un singolo caso, nonostante che il potere medesimo rimanga in vita per tutti gli altri casi in cui ricorre». Para una reseña de la doctrina en materia de distinción entre caducidad y prescripción, *vid.*, ROSELLI, Federico: voce «Decadenza (Diritto civile)», in *Enc. Giur.* Treccani, X, Roma, 1988, pp. 1 y ss.

<sup>1294</sup> En el sentido de que la caducidad se caracteriza por la naturaleza del derecho a someterla *vid.*, AZZARITI, Giuseppe e SCARPELLO, Cosimo: «Della decadenza», nel *Commentario del codice civile*, a cura di Antonio SCIALOJA e Giuseppe BRANCA, Bologna-Roma, 1964, 2.<sup>a</sup> ed., p. 347.

<sup>1295</sup> En este sentido, TRABUCCHI, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 19; FERRANDO, *op. cit.*, p. 254; OBERTO, voce «La promessa di matrimonio...», *op. cit.*, p. 405; «La promessa di...», *op. cit.*, p. 183 y, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 181.

<sup>1296</sup> «Artículo 2.966. -La decadenza no impide la terminación del acto previsto por la Ley o del contrato. -Sin embargo, si se trata de un término establecido por el contrato o de una norma de Ley relativa a derechos disponibles, la decadenza puede ser también prevenida mediante el reconocimiento del derecho proveniente de la persona contra la cual se debe hacer valer el derecho sujeto a decadenza» Trad.: «Articolo 2.966. -La decadenza non è impedita se non dal compimento dell'atto previsto dalla legge o dal contratto. Tuttavia, se si tratta di un termine stabilito dal contratto o da una norma di legge relativa a diritti disponibili, la decadenza può essere anche impedita dal riconoscimento del diritto

siendo suficiente una mera solicitud extrajudicial<sup>1297</sup>. En este sentido, y con la finalidad de impedir la limitación del plazo de la acción, el ex-prometido o el sujeto legitimado deberá proponer las actuaciones pertinentes dirigidas a obtener la restitución de los regalos<sup>1298</sup> y, por tanto, no será suficiente la solicitud extrajudicial de restitución de éstos, debido a que la Ley con la fórmula utilizada tiene en cuenta el ejercicio de la acción judicial<sup>1299</sup>.

### C. La carga de la prueba para la restitución

Por cuanto atañe a la carga de la prueba, conviene puntualizar que la jurisprudencia<sup>1300</sup> sostiene que al estar limitada a la restitución de los regalos, resulta innecesario que la promesa de matrimonio deba ser probada como se indica en el artículo 81 del Código civil, es decir, por medio de la existencia de los requisitos siguientes: la reciprocidad; la capacidad de actuación de las partes; el acto público o escritura privada y, la solicitud de publicación del matrimonio -requisitos que subordinan el inicio de los efectos resarcitorios a formas particulares de oficialidad de la promesa y, a la existencia de los requisitos de capacidad de los prometidos, originando que la promesa conforme a dicho precepto deba ser realizada, en todo momento, de forma solemne-, sino que, por el contrario conforme al silencio que presenta la norma prevista en el artículo 80, se considera suficiente que haya sido realizada y resulte de cualquier forma, es decir, -unilateral o recíproca, realizada con una declaración expresa o <per facta concludentia> en el caso de menores-, pero de carácter serio.

---

proveniente dalla persona contro la quale si deve far valere il diritto soggetto a decadenza».

<sup>1297</sup> *Vid.*, CARICATO, «La promessa di...», 2007, *op. cit.*, p. 90; SANTOSUOSSO, «Delle persone...», *op. cit.*, p. 35; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 182. Por el contrario, para TRABUCCHI: «è sufficiente la prova della serietà di una tempestiva richiesta», no siendo por tanto, necesario el procedimiento judicial («Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 19).

<sup>1298</sup> Cfr., artículo 2.966 del Código civil italiano de 1942.

<sup>1299</sup> En este sentido, *vid.*, la Sentencia de la Cass. civ., 15 febbraio 2005, n. 2974, donde se afronta el problema del acto necesario para impedir la caducidad conforme a lo establecido por el artículo 2.966 (*op. cit.*, p. 9).

<sup>1300</sup> *Vid.*, las Sentencias de los Trib. Vercelli, 7 agosto 1969, *op. cit.*, p. 726; Trib. Lucera, 21 giugno 1967, in *Foro lucera*, 1967, p. 11.

Por otra parte, y en aplicación del artículo 2.697<sup>1301</sup> del Código civil, la carga de la prueba debida por la caducidad del transcurso del plazo anual incumbe, de acuerdo con los principios generales, a quien objeta. Por tanto, en caso de fracaso de la prueba, ninguna carga incumbirá, evidentemente, al autor de demostrar lo contrario, es decir, que él únicamente se deberá limitar a aportar las pruebas que acrediten la ruptura del futuro compromiso y de que los regalos de los cuales se solicita la restitución fueron donados por él a causa de la promesa de matrimonio<sup>1302</sup>.

En definitiva, en caso de inadmisibilidad de la demanda de restitución por el transcurso del plazo, al donante que inicie la acción de restitución le incumbirá probar que las cosas o bienes donados -de los que pretende su restitución- fueron donados por él a causa de la promesa de matrimonio y, la fecha en que tuvo lugar la ruptura definitiva de la relación entre los prometidos, mientras que el donatario será tenido a la restitución sin poder sustituir el equivalente de los bienes donados al tiempo de la liquidación, salvo en caso de que pruebe el deterioro o pérdida de aquéllos<sup>1303</sup>.

#### **D. La renuncia a la acción de restitución**

En este sentido, conviene precisar que aunque la acción de restitución es renunciable, lo cierto es que la jurisprudencia<sup>1304</sup> ha considerado la posibilidad de que la voluntad de renunciar al Derecho restitutorio de los

---

<sup>1301</sup> «-Quién quiere hacer valer un derecho en los tribunales (Código Civ. Proc. 163) debe probar los hechos que constituyen el fundamento. -Quién declara la ineficacia de tales hechos o argumenta que el derecho ha sido cambiado o finalizado debe probar los hechos en que se basa la objeción» Trad.: «-Chi vuol far valere un diritto in giudizio (Cod. Proc. Civ. 163) deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento (Cod. Proc. Civ. 115). -Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda».

<sup>1302</sup> *Vid.*, ALESSANDRI, «La promessa...», 2008, *op. cit.*, pp. 154-155; SANTOSUOSSO, «Delle persone...», *op. cit.*, p. 35 e, «Il matrimonio e il regime patrimoniale...», *op. cit.*, p. 40; FINOCCHIARO, A, «Del matrimonio...», *op. cit.*, pp. 674-675 y, «Della promessa...», *op. cit.*, p. 679. Desde el punto de vista jurisprudencial, *vid.*, la Sentencia de la Pret. Otranto, 19 dicembre 1946, in *Rep. Fl.*, 1947, voce «Donazione», nn. 29-30.

<sup>1303</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Cass. civ., 31 luglio 1951, n. 2271, *op. cit.*, c. 15.

<sup>1304</sup> *Vid.*, en este sentido, la Sentencia de la Cass. civ., 7 agosto 1952, n. 2586, *op. cit.*, n. 41.

bienes<sup>1305</sup> sea compatible con la voluntad de oponerse a la excepción de caducidad de la acción de los daños derivados del incumplimiento de la promesa de matrimonio. De modo que la renuncia al primero no comporta la pérdida del segundo.

### **E. La acción de reembolso de los gastos**

Por cuanto atañe a la relación entre la acción de restitución de los regalos y la demanda de resarcimiento de los daños<sup>1306</sup>, conviene puntualizar que la jurisprudencia ha considerado que, propuesta la primera, el donatario demandado podrá solicitar la segunda por medio de la vía de la reconvención, pero no podrá hacer valer un Derecho de retención de los regalos para garantizarse el resarcimiento de los daños.

Por tanto, en el juicio cuya pretensión se concrete en la restitución de los regalos realizados a causa de la promesa de matrimonio –con posterioridad no mantenida- y la demanda de resarcimiento de los daños, se entiende que propuesta la primera, el demandado podrá solicitar por vía de reconvención el resarcimiento de los daños sufridos a causa de la ruptura injustificada de la promesa dentro de los límites establecidos por el artículo 81 del Código civil<sup>1307</sup>, pero no podrá para garantizarse el resarcimiento hacer valer un derecho de retención de los regalos, debido a que este Derecho se configura como un instituto de carácter excepcional y, como tal, no puede ser invocado fuera de los supuestos establecidos por la Ley<sup>1308</sup>.

De lo anterior, la doctrina<sup>1309</sup> y jurisprudencia<sup>1310</sup> considera admisible la demanda de reconvención, tanto para la restitución de los regalos

---

<sup>1305</sup> Cfr. artículo 80 del Código civil italiano de 1942.

<sup>1306</sup> Cfr. artículo 81 del Código civil italiano de 1942.

<sup>1307</sup> *Vid.*, la Sentencia del Trib. Roma, 14 gennaio 1948, in *Foro It.*, 1948, I, p. 141.

<sup>1308</sup> *Vid.*, la Sentencia del Trib. Benevento, 25 maggio 1946, in *Foro It.*, 1946, I, c. 141, con observaciones de TORRENTE, Andrea: oss a Trib. Benevento, sent. 25 maggio 1946, in *Foro It.*, 1946, I; TRABUCCHI: «Della promessa...», 1995, *op. cit.*, p. 167.

<sup>1309</sup> *Vid.*, entre otros, SANTOSUOSSO, «Delle persone...», *op. cit.*, p. 35; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 182; BIONDI, *Le donazioni...*, *op. cit.*, p. 782.



realizados por el demandado como para el resarcimiento de los daños, conforme al artículo 81. En este punto, OBERTO<sup>1311</sup> matiza que en ausencia de disposiciones especiales, aquí no se podrá realizar la aplicación de la norma conocida, propia de la prescripción<sup>1312</sup>, según la cual: «*quae temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum*»<sup>1313</sup>.

### III. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO

#### 1. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO: PREMISAS

Como ya se ha dicho, el vigente artículo 81<sup>1314</sup> del Código civil es fruto de la reforma practicada por Ley de 19 de mayo de 1975, n. 151, que reformó los Libros I y II del Código civil italiano de 1942. Este precepto que encuentra su precedente inmediato en el derogado artículo 54 del Código civil de 1865, presenta respecto de aquél ciertas modificaciones de detalle.

La reforma practicada por Ley de 19 de mayo de 1975, n. 151 modificó la primera parte del precepto, debido a que la responsabilidad del menor, requería de su adecuación a la reforma sufrida por el artículo 84 del Código civil en lo concerniente a la autorización de menores. Por tanto, con la nueva redacción se aclara de forma expresa que el limitado resarcimiento de los daños puede ser de aplicación a un menor que reúna el requisito de capacidad para contraer nupcias, contenido en el artículo 84. Este requisito elimina la anterior figura referida a la asistencia o autorización como condición previa, por tanto, con esta equiparación se establece un perfecto paralelismo de la norma con la capacidad para la validez del matrimonio.

---

<sup>1310</sup> En este sentido, la Sentencia del Trib. Benevento, 25 maggio 1946, entiende que la reciprocidad de los regalos no excluye la restitución de los mismos (*vid., op. cit., c. 141*).

<sup>1311</sup> *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, pp. 182-183.

<sup>1312</sup> *Vid., AZZARATI E SCARPELLO, op. cit.*, p. 351. En jurisprudencia, *vid., Cass., civ.*, 27 giugno 1969, n. 2324, in *Prev. soc.*, 1969, p. 1593.

<sup>1313</sup> En el mismo sentido, se pronuncia DEGNI, pero sin realizar una motivación y con el único referimiento a término previsto por el artículo 81 Código civil (*vid., Del Matrimonio...*, *op. cit.*, p. 41).

<sup>1314</sup> Cfr. artículo 81 del Código civil italiano de 1942.

El efecto más destacable sobre la reclamación indemnizatoria por daños consiste en la exigencia de una forma solemne o cualificada de la promesa de matrimonio, debido a que se encuentra supeditada a determinados requisitos de capacidad y forma.

Por otra parte, se identifica un supuesto de responsabilidad a cargo de la parte que rechaza sin justa causa continuar la promesa de matrimonio o, que con su propia culpa ha dado justa causa a la negativa de la otra parte. Esta peculiaridad, indudablemente, reside en la consecuencia indemnizatoria derivada de la ruptura de la promesa. Ruptura que se verifica, únicamente, en presencia de determinados requisitos de forma y fondo previstos por el legislador a tal efecto.

De las particularidades que presenta el precepto, llama la atención, de una parte, la medida del daño resarcible, limitada a los gastos efectuados y a las obligaciones contraídas a causa de la promesa de matrimonio -aspecto último que no se encontraba contenido en el derogado artículo 54 del Código civil de 1865-; De otra, la referencia a la necesaria proporcionalidad entre éstos y las condiciones socio-económicas que ostenten las partes y, finalmente, la previsión de un plazo -estremadamente breve- de caducidad -que no de prescripción- concretado en un año desde el día de la negativa a contraer el matrimonio.

En síntesis, esta norma da origen a la existencia de diversas controversias interpretativas referidas tanto al fundamento de la responsabilidad, como al tipo de resarcimiento derivado por el incumplimiento de los requisitos que la norma contiene.

## **2. LOS REQUISITOS DE LA PROMESA AL AMPARO DEL ARTÍCULO 81 DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO**

Los requisitos que debe reunir la promesa de matrimonio para poder fundar de forma válida la obligación restitutoria prevista por el artículo 81 del Código civil, son: De una parte, que sea realizada mutuamente -es decir, que exista una promesa de carácter recíproco-; de otra, que haya sido

estipulada de forma escrita –por acto público o escritura privada- o, resultado de la publicación de proclamas y, finalmente, que provenga de una persona mayor de edad o de un menor de edad admitido para contraer matrimonio conforme a lo previsto por el artículo 84 del Código civil. Precepto último que exige que el menor esté dotado de la capacidad requerida para poder contraer el citado matrimonio. Requisito último que, en la actualidad, pone de manifiesto el perfecto paralelismo que presenta la norma con la capacidad para contraer nupcias.

En definitiva, la promesa de matrimonio es la base de las consecuencias que se derivan de su negativa. Requiere de la seriedad necesaria y debe estar referida a un matrimonio que sea posible, es decir, a un real y preciso intento de contraer nupcias. De modo que para que sea de aplicación lo establecido por el artículo 81 del Código civil se debe tratar de una promesa posible, pero sobretodo de una promesa seria. Seriedad que tiene como finalidad distinguir la situación de una verdadera promesa de matrimonio de las relaciones entre parejas que no están realmente dirigidas a tal definición.

#### **A. La reciprocidad de la promesa**

Como ya se ha anunciado, la promesa de matrimonio debe ser realizada de forma recíproca y, por tanto, a diferencia de lo expuesto para la restitución de los regalos, no será suficiente la mera unilateralidad. Con este requisito se subraya la necesidad de un intercambio recíproco de intenciones de las que resulte el serio propósito de las partes de unirse en matrimonio<sup>1315</sup>.

En este sentido, parte de la doctrina<sup>1316</sup> ha pretendido identificar en el intercambio de la voluntad de los prometidos la manifestación de un consentimiento análogo al que se encuentra en el Derecho contractual, por

---

<sup>1315</sup> *Vid.*, CARICATO, Cristina: «La promessa di matrimonio», in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da Mario BESSONE, Vol. IV, *Il Diritto di Famiglia. Famiglia e Matrimonio*, a cura di Tommaso AULETA, Giappichelli editore, Torino, 2010, p. 179.

<sup>1316</sup> En este sentido, *vid.*, RAVÀ, *op. cit.*, pp. 196 y ss.; DEGNI, *Del Matrimonio...*, *op. cit.*, p. 7; STOLFI, Nicola: *Diritto civile*, Vol. V, Torino, 1921, p. 60.

tanto, conforme a esta teoría la promesa de matrimonio tendría la naturaleza de un negocio jurídico de carácter bilateral, pero sin llegar a integrar los extremos de un verdadero y propio contrato, debido a la inexistencia de una voluntad contrapuesta de las partes, mientras que la denominación de contrato se encontraría reservada al encuentro de voluntades contrarias, pero no idénticas.

En suma, la promesa de matrimonio que consistiría en una propuesta y en una aceptación que se perfeccionaría por el conocimiento de la parte que ha realizado la propuesta de su aceptación por la contraparte se justifica en que la obligación de resarcimiento de los gastos efectuados por el frustrado proyecto matrimonial es sustancialmente de carácter negocial -no contractual-, debido a que con el artículo 1.321<sup>1317</sup> del Código civil de 1942 se limita el concepto de contrato a los negocios de contenido patrimonial<sup>1318</sup>.

Otros autores<sup>1319</sup> –con acierto- sostienen que la teoría anunciada en líneas anteriores parece forzada, debido a que este requisito está destinado únicamente a expresar que las partes compartan la seria intención de realizar un proyecto de vida en común, por tanto, como de la promesa de matrimonio no nace ningún compromiso jurídico, ésta no debería tener la consideración de negocio jurídico<sup>1320</sup>. De ahí que la consideren más bien

---

<sup>1317</sup> Cfr., artículo 1.321 del Código civil italiano de 1942.

<sup>1318</sup> *Vid.*, TEDESCHI, *La promessa di matrimonio...*, *op. cit.*, p. 423.

<sup>1319</sup> *Vid.*, BIANCA, *Diritto civile...*, 2001, *op. cit.*, p. 56 y, *La famiglia...*, *op. cit.*, p. 58; CARICATO, «La promessa di...», 2007, *op. cit.*, p. 91.

<sup>1320</sup> El carácter negocial de la promesa de matrimonio es negado, entre otros, por CANARIS, al definir los esponsales como una relación jurídica de fuente legal productiva únicamente de obligaciones secundarias. Además, pone de relieve que la promesa de matrimonio, como acto, no se puede identificar como una relación, aunque no cabe duda que como resultado de la promesa se constituye una relación jurídica. No subsiste, en efecto una relación regulada o específicamente tutelada por el Derecho, debido a que las obligaciones secundarias –reembolso de los gastos, restitución de los regalos- no son recursos jurídicos destinados a sancionar su vulneración (*vid.*, *op. cit.*, p. 10). Por lo que a la hipótesis de la constitución de una relación jurídica, STRÄTZ, Hans-Wolfgang (en «Le concubinage», in AA. Vv., *Mariage et famille en question (l'évolution contemporaine du droit allemand)*, Paris, 1980, p. 65) reconoce en la mutua promesa un peculiar negocio, mediante el que las partes asumen, a sabiendas, esa relación.

como un acto social que exterioriza la seria intención de ambas partes de contraer el matrimonio proyectado, intención de la que nace el deber moral y social de comportarse conforme a tal serio propósito. De forma tal, que la falta de obligatoriedad de la promesa excluye que ésta pueda ser asimilada a un acto de autonomía privada.

No obstante, dos son las razones por las que de la promesa de matrimonio pueden surgir obligaciones jurídicas –primarias-. De una parte, porque aquélla concretada en obligar a las partes a contraer el matrimonio proyectado se encuentra excluida expresamente por el artículo 79 del Código civil; De otra, porque en la actualidad, de las declaraciones de las partes no se puede diferenciar que una parte proponga y la otra acepte, sino únicamente dos voluntades de igual contenido. Contenido constituido por la seria intención de contraer el matrimonio proyectado<sup>1321</sup>.

En definitiva, con esta exigencia concretada en que la promesa de matrimonio deba ser realizada de forma recíproca -es decir, por ambas partes- se confirma su seriedad y fiabilidad.

## **B. La forma de la promesa**

Como ya se ha dicho, el artículo 81 del Código civil impone una forma determinada a la promesa de matrimonio. Esta forma a diferencia de otras Legislaciones –como sería la española- se configura como una condición necesaria para otorgar a la promesa un limitado efecto legal y, por tanto, su celebración debe ser de forma expresa escrita –ya por acto público o, por escritura privada-. Asimismo, aunque es exigida por imperativo legal del precepto, lo cierto es que puede ser suplida por otra a la que se le atribuyan los mismos efectos, es decir, la resultante de la publicación de proclamas,

---

<sup>1321</sup> En este sentido, FERRANDO, dice que «per promessa vicendevole si intende quella che, pur non espressa in un vero e proprio accordo (e non necessariamente in dichiarazioni contestuali), tuttavia stia ad indicare la reciprocità degli intenti, vale a dire la condivisione di un medesimo progetto matrimoniale» (*op. cit.*, p. 264) y, *vid.*, entre otros, DI CRISTO, *op. cit.*, p. 30; AUTORINO STANZIONE, *op. cit.*, p. 469; CARICATO, «La promessa di...», 2007, *op. cit.*, p. 91.

que implica de forma necesaria la existencia de una recíproca promesa de contraer el matrimonio proyectado.

Por otra parte, este requisito se justifica en los orígenes históricos de la norma, puesto que estaba colocado en un contexto social en el que el matrimonio tenía la consideración de un negocio algo más complejo de lo que en la actualidad consideramos, debido a que se encontraba precedido del contrato de matrimonio y de determinadas herramientas públicas que comprometían a los futuros esposos y a sus parientes.

En esta época la solemnidad se encontraba subsumida en la costumbre y revestía el carácter de validez de los esponsales «solemnitatis causa», de ahí que no se tratara de un simple medio de prueba «probationis causa» y, en consecuencia, tuviese la consideración de nula toda promesa de matrimonio que no se ajustase a dicha exigencia.

De lo anterior, conviene precisar que aunque lo normal sea que el matrimonio venga precedido por dicha promesa de matrimonio, hoy por hoy ésta ha perdido socialmente dicha importancia, sobretodo la referida a su antiguo significado concretado en el acuerdo realizado por ambas familias sobre el futuro matrimonio y el sistema económico de los esposos<sup>1322</sup>.

De modo que, en la actualidad, la promesa expresa la necesidad de ser el resultado de un compromiso serio y consciente asumido por las partes, con la finalidad de contraer el matrimonio proyectado. Precisamente, esta seriedad basada tanto en el vínculo que las partes asumen, como en la que la promesa debe aseverar es lo que justifica la exigencia por el legislador una forma determinada –solemne-. Forma considerada como el elemento que origina la obligación indemnizatoria.

En este sentido, algunos autores<sup>1323</sup> –debido a las diferentes previsiones en tema de restitución de los regalos- han calificado esta

---

<sup>1322</sup> *Vid.*, BIANCA, Massimo, PATTI, Salvatore e PATTI, Guido: *Lessico di Diritto civile*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1991, p. 79.

<sup>1323</sup> Así, JEMOLO, *Il matrimonio...*, *op. cit.*, p. 59.

hipótesis de taxativa. Interpretación acusada de ser arcaica<sup>1324</sup>, de ahí que sugieran de una interpretación evolutiva del instituto, con la pretensión de permitir cualquier aplicación.

Esta evolución realizada en la mayoría de las Legislaciones extranjeras, ha comportado no solo la eliminación de dicha exigencia de forma, sino también la necesidad de que se hubiese tramitado el expediente matrimonial.

En definitiva, se elimina cualquier referencia a la antigua institución y, se autoriza a *sensu contrario* cualquier medio de celebración. Por tanto, con la introducción del principio de libertad de forma, además de permitir la realización de la promesa de cualquier forma –ya expresa o, tácita-, se facilita la configuración del supuesto de la obligación.

Esta interpretación se justifica en que la exacerbación del requisito formal comporta, indudablemente, la limitación de la aplicación del artículo 81 del Código civil al caso de publicaciones ya realizadas. De modo que si lo ya escrito da cuenta de la seriedad de la promesa de matrimonio y del hecho de ésta, la obligación indemnizatoria encontraría su causa en dichos escritos, permitiendo realizar una interpretación propensa a entender cumplido también el requisito de forma en presencia de escritos que, aunque no contextuales, expresen un serio compromiso matrimonial<sup>1325</sup>.

Por su parte, la teoría restrictiva no tiene en consideración el diferente contexto social conforme al cual en el pasado la promesa de matrimonio se encontraba subsumida. Contexto caracterizado por una cierta solemnidad, debido a que la promesa constituía la exteORIZACIÓN de un acuerdo entre dos familias destinadas a regular el futuro matrimonio y el

---

<sup>1324</sup> En este sentido, TRABUCCHI sostiene sobre la forma, que el requisito legislativo es restrictivo y, en definitiva, lo califica de muy arcaico (*vid.*, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 24). Por su parte, BONILINI, Giovanni (en *Manuale di Diritto di Famiglia*, UTET Giuridica, Torino, 2010, 5.ª ed., p. 47) lo define como inusual.

<sup>1325</sup> *Vid.*, FERRANDO, *op. cit.*, p. 265.

orden económico resultante de éste<sup>1326</sup>. Por tanto, si la forma representase un requisito para la existencia de ésta se restringiría la operatividad del instituto a la única hipótesis de la solicitud de publicaciones<sup>1327</sup>, conforme a la escasa utilización, en esta materia, del acto público y la escritura privada, formalidad, ahora, obsoleta.

Sin embargo, la forma solemne requerida por el precepto, ni ha originado controversia doctrinal ni jurisprudencial, conforme a la consideración prácticamente unánime de que dichos actos son requeridos en la forma <ad substantiam<sup>1328</sup>> y, no <ad probationem> –es decir, meramente con fines probatorios.

---

<sup>1326</sup> *Vid.*, FERRANDO, *op. cit.*, p. 264; TRABUCCHI, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 24; BIANCA, PATTI e PATTI, *op. cit.*, p. 79.

<sup>1327</sup> En este sentido, TATARANO, dice que si se entiende taxativo el elenco contenido en el artículo 81 del Código civil, se deberá afirmar la nulidad de la promesa que resulte de publicaciones canónicas (*vid.*, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, p. 669). Por el contrario, CARICATO, entiende que en tal caso la promesa no sería nula, sino simplemente improductiva de los efectos previstos por el artículo 81 del Código civil (*vid.*, «La promessa di...», 2007, *op. cit.*, p. 92).

<sup>1328</sup> Desde el punto de vista doctrinal, en esta materia, decisivas son las palabras de TRABUCCHI, al decir que «il requisito della forma scritta non può essere paragonato alla forma necessaria <ad substantiam>, perchè non si riferisce a un negozio che contenga gli elementi costitutivi della fattispecie; ma [...] non si può nemmeno concludere che si tratti di forma <ad probationem>: lo scritto non è richiesto solo per limitare i mezzi di prova» («Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 24). Asimismo, inicialmente, FINOCCHIARO, F, tras sostener que en relación a la previsión la promesa sea realizada por acto público, por escritura privada o, bien sea resultado de la publicación de proclamas, decía que la jurisprudencia afirma, aunque sea de pasada, que la escritura se requiere no simplemente <ad probationem>, sino <ad substantiam>. Con posterioridad, afirma que: «Le scritture fanno risultare la promessa, ma non sono creatrici di essa, esistente per libera determinazione delle parte», adheriéndose a la tesis de la forma <ad probationem> («Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 145 y 172). También, TEDESCHI, entiende que resulta inadmisibles la prueba testimonial, cuando en principio, exista una prueba por escrito (*La promessa di matrimonio...», op. cit.*, p. 421). Por su parte, SANTOSUOSSO, se pregunta como es posible que todavía se entiendan aplicables las normas, contenidas en los artículos 2.714. 3 y 2.725 del Código civil que consisten en utilizar la prueba testimonial, cuando la parte ha perdido sin culpa el documento, teniendo también en cuenta que la prueba del matrimonio puede ser propuesta por cualquier medio, en el supuesto de destrucción o pérdida del registro del estado civil -artículos 132 y 452 Código civil- («Delle persone...», *op. cit.*, p. 37) y, entre otros, *vid.*, LOI, voce «Promessa...», *op. cit.*, p. 91; DE GIORGI, *op. cit.*, p. 755; DE GNI, *Del matrimonio...», op. cit.*, p. 71; CENDON, *Commentario...», op. cit.*, p. 268 y, *Codice Civile...», op. cit.*, p. 173; GUASTALLA, *op. cit.*, p. 121; FINOCCHIARO, A, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 67 y,



De lo anterior, se observa una sustancial diferencia entre la Legislación italiana y la española, debido a que en esta última se sustituyen los requisitos de forma por los de certeza, es decir, que se limita a mencionar la exigencia de que la promesa de matrimonio sea cierta, con la finalidad de que se produzca la obligación de reembolso, por tanto el legislador español a diferencia del italiano, además de introducir el principio de libertad de forma, se equipara con la mayoría de Códigos europeos.

Una de las cuestiones más debatidas sobre la forma escrita se centra en determinar qué se debe entender por escritura privada y, en particular, si el intercambio de las cartas entre los prometidos se considera suficiente para cumplir el requisito de forma indicado. Cuestión salvada por la doctrina mayoritaria<sup>1329</sup>, de forma positiva, debido a que ésta es la que más se aproxima al texto de la norma, puesto que no impone ni un acto *ad hoc*<sup>1330</sup>, ni la contextualización de las declaraciones<sup>1331</sup>.

---

«Della promessa...», *op. cit.*, p. 683; AQUINO e TALLARINA, *op. cit.*, p. 107. Por el contrario, TATARANO, sostiene partiendo de la tesis de la responsabilidad extracontractual, que la forma requerida por el artículo 81 del Código civil se trata de la forma «ad probationem», con la consecuencia de que de la promesa se podría dar prueba por confesión o por juramento, por lo que no se puede hablar de la forma «ad substantiam» (*vid.*, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, p. 669); FORTINO, *op. cit.*, p. 93. *Vid.*, en jurisprudencia, las Cass. civ., Sez. I, sent. 31 luglio 1951, n. 2271, *op. cit.*, c. 15; App. Palermo, sent. 14 agosto 1958, in *Rep. Giust. civ.*, 1958, voce «Matrimonio», n. 90; Pret. Napoli, sent. 17 novembre 1964, in *Temi nap.*, 1965, I, p. 46. Para el carácter probatorio de la escritura, *vid.*, las aportaciones de BARBERO, Domenico: *Sistema del Diritto Privato italiano*, I, Torino, 1962, Nt. 3, p. 573.

<sup>1329</sup> En el sentido de la suficiencia de tal medio, *vid.*, TRABUCCHI, Alberto: «Solennità della promessa e contestualità negli sponsali, in *Giur. it.*, 1953, I, 2, c. 27; TEDESCHI, *La promessa di matrimonio...*, *op. cit.*, p. 421; DE GIORGI, *op. cit.*, p. 754; NOVARA, *op. cit.*, p. 67; GANGI, *op. cit.*, p. 56; CAPOZZI, *op. cit.*, p. 227; FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 146. Por su parte, DEGNI, entiende que no cada carta que contenga el propósito de contraer nupcias integra el requisito en cuestión, sino solo aquéllas que contengan de forma explícita declaraciones directas para prometerse a contraer el matrimonio (*Del Matrimonio...*, *op. cit.*, p. 39). Por una tesis, también, más restrictiva, *vid.*, las argumentaciones de JEMOLO, *Il matrimonio...*, *op. cit.*, p. 59. Por el contrario, FERRARA, Francesco (en *Diritto delle persone e di famiglia*, Napoli, 1941, p. 257) en el sentido de la necesidad de un acto especial de la misma firmado por las partes.

<sup>1330</sup> En este sentido, TRABUCCHI, sostiene que de esta manera posiblemente se vaciaría el contenido práctico contenido en el artículo 81 del Código civil: «Dall'atto scritto deve risultare [...] l'esistenza della promessa e la sua serietà: lo scritto deve infine mostrare la reciprocità della promessa (lo stesso impegno è subordinato per sua natura all'accettazione e al corrispondente impegno della controparte): ma non ci sono ragioni

Por su parte, la jurisprudencia aunque con cierta incerteza, parece propensa a atribuir validez a la promesa formulada por carta. En particular, la *Sentencia de la Corte di Cassazione de 31 julio de 1951*, de una parte, niega que la correspondencia de una sola de las partes sea suficiente para integrar el requisito de forma previsto por el artículo 81 del Código civil, aunque de otra, excluye que la promesa deba ser realizada de forma rigurosamente documental<sup>1332</sup>.

---

per sostenere che sia necessario un atto *ad hoc*, e tanto meno che da un unico atto scritto debbano risultare le vicendevoli promesse» («Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 26). Según JEMOLO siendo suficiente la forma de la carta, esta deberá, sin embargo, presentar la característica del acto formado *ad hoc*, donde aparece el «animus promittendi» (*vid.*, *Il matrimonio...*, *op. cit.*, p. 49). Por la innecesariedad de un acto *ad hoc*, *vid.*, DEGNI, *Del Matrimonio...*, *op. cit.*, p. 72 e, *Il diritto di famiglia...*, *op. cit.*, p. 40. Desde el punto de vista jurisprudencial, requieren para la validez de la promesa de matrimonio, que está sea formulada en un acto *ad hoc*, del cual resulte «l'animus promittendi», con la intención de que se asuma un compromiso definitivo, entre otras, *vid.*, las Sentencias del Trib. Benevento, 25 maggio 1946, *op. cit.*, c. 141 y, Trib. Treviso, 5 giugno 1952, in *Giur. it.*, 1953, I, c. 27.

<sup>1331</sup> En este punto, FINOCHIARO, F, hace una crítica a la sustitución de la expresión «scambio» utilizada por el Código anterior, por la expresión «videndevole» introducida por el vigente Código civil de 1942, apoyándose en el informe n. 69 del ministro de justicia (*vid.*, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 149).

<sup>1332</sup> Los términos de la sentencia eran los siguientes: «Si nega in questa sede che la corrispondenza di uno solo dei promittenti possa integrare il requisito di forma prescritto dall'articolo 81 dal Codice civile italiano, secondo il quale, per aversi il diritto al risarcimento del danno derivante dalla insecuzione della promessa di matrimonio, occorre che questa si fatta vicendevolmente per atto pubblico o scrittura privata ovvero risulti da richiesta di pubblicazioni. Si può convenire che la scrittura è richiesta *ad substantiam* e non *ad probationem*, ma non si può convenire che la promessa debba essere fatta di forma rigorosamente documentale e cioè in un unico atto, contestualmente sottoscritto da entrambi. Come fu già ritenuto sotto l'impero dell'abrogato Codice civile, l'interpretazione eccessivamente formalistica della norma mal si concilierebbe con la sua lettera e il suo spirito. La scrittura è imposta perchè essa assicura nel miglior modo che il reciproco impegno sia ponderato ed inequivocabilmente assunto. Con le parole promessa di matrimonio fatta vicendevolmente che corrispondono a quale dell'articolo 53 del Codice abrogato, il legislatore ha voluto soltanto poner in rilievo che la scrittura da cui la promessa risulta deve provenire di entrambe le parti. Dal che non può dedursi che l'attuale legislazione sia rigorosa più della precedente e che essa tassativamente prescritta un'unica e medesima scrittura, pubblica o privata, diretta a creare di modo specifico il reciproco impegno di contrarre il matrimonio. Si dove invece logicamente ritenere che ai fini dell'articolo 81 dal Codice civile l'obbligo della forma scritta sia pienamente soddisfatto laddove risulti consacrata in qualsiasi modo in uno o in distinti successivi scritti la promessa di contrarre matrimonio. E pertanto tale promessa può ben risultare non solo dalla reciproca corrispondenza epistolare dei promittenti ma dalle lettere di uno

En similar sentido, en la *Sentencia de la Corte di Cassazione, de 29 mayo de 1955*, se admitía la innecesaridad de que la promesa de matrimonio resultase de forma rigurosamente documental, con un único acto –público o privado- y, se establecía como suficiente cuando resultase de uno o más escritos de la recíproca correspondencia epistolar o, de la cartas de uno solo de los prometidos, cuando de ésta también resultase de forma no inequívoca que el otro prometido, a su vez, había manifestado con la propia correspondencia el propósito de contraer matrimonio. Esta Sentencia pone de manifiesto la imposibilidad de que la correspondencia tuviese un contenido que hiciese referencia a un vago reclamo a la boda<sup>1333</sup>.

Aún y con todo, lo cierto es que en esta materia se debe ser especialmente cauto, debido a que no todas las cartas de amor, se pueden considerar idóneas o adecuadas a los fines de que se trata, puesto que podrían contener vagos propósitos y deseos de contraer matrimonio. Por ello, únicamente se podrá entender adecuada al propósito establecido por la norma, cuando se exprese de forma clara, concisa y seria la intención de contraer el matrimonio proyectado. Este propósito es sobre el que se fundan las expectativas objeto de protección por el legislador italiano<sup>1334</sup>.

En síntesis, la interpretación del requisito legislativo deberá tener en cuenta, la evolución de la costumbre. Asimismo, no podrá resultar de vagas promesas de amor eterno el caso previsto por el artículo 81 del Código civil y, finalmente, conforme a las indicaciones jurisprudenciales mencionadas, la

---

solo di essi, allorquando da esse risulti in modo inequivoco che anche l'altra parte ha a sua volta manifestato il proposito serio di contrarre matrimonio. In tal caso la mancata produzione in giudizio delle lettere dell'altro promittente non ha rilevanza alcuna e non è di ostacolo al conseguimento del diritto al risarcimento dei danni» (*op. cit.*, c. 15). En el mismo sentido, *vid.*, las Sentencias del Trib. Genova, 17 luglio 1960, in *Dir. Eccles.*, 1960, II, p. 433; Pret. Napoli, 17 novembre 1964, *op. cit.*, p. 46; App. Palermo, 14 agosto 1958, *op. cit.*, n. 90 y, App. Bologna, 2 giugno 1930, in *Rep. FI.*, 1931, voce «Matrimonio», nn. 30-33. Para ulteriores reclamos jurisprudenciales, *vid.*, DE GIORGI, *op. cit.*, p. 755; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, Nt. 43, p. 217.

<sup>1333</sup> Esta Sentencia considera insuficiente una general referencia a la boda (in *Rep. FI.*, 1955, voce «Matrimonio», c. 1454, nn. 30-31).

<sup>1334</sup> *Vid.*, FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 147; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 218; DI CRISTO, *op. cit.*, p. 30.

correspondencia entre los prometidos –que indudablemente constituye correspondencia privada- de la que se evidencie la intención seria de contraer el proyectado matrimonio, también integrará una promesa de matrimonio.

Por cuanto atañe al acto público, conviene precisar que éste podrá consistir tanto en un documento específicamente redactado para demostrar la mutua promesa de matrimonio, como en un acto que -formado para otros fines- presuponga la existencia de la mutua promesa de matrimonio. Este sería el caso, por ejemplo, de la convención matrimonial, dirigida a regular, antes de la boda, el régimen patrimonial de la futura familia que debe ser estipulado por acto público<sup>1335</sup>.

Además de lo dicho, el precepto prevé que la promesa de matrimonio pueda resultar de la publicación de proclamas, en virtud del contenido del artículo 96<sup>1336</sup> del Código civil, debido a que tal solicitud debe ser realizada por ambos cónyuges. Forma que resulta idónea, para hacer valer la seriedad del compromiso y complementar el requisito de la reciprocidad.

Otra cuestión de interés, se centra en la controversia doctrinal y jurisprudencial suscitada sobre si la promesa de matrimonio resultante de los esponsales canónicos o de la publicación de proclamas canónicas realizadas por una o ambas partes al párroco para la celebración del matrimonio, es equiparable o no a la resultante realizada ante el oficial del estado civil, cuestionándose si surge o no la obligación de resarcimiento del daño, al amparo de lo establecido por el artículo 81 del Código civil.

---

<sup>1335</sup> *Vid.*, FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 147. Desde el punto de vista jurisprudencial, *vid.*, la Sentencia de la Cass. civ., Sez. I, 31 luglio 1951, n. 2271, *op. cit.*, c. 15.

<sup>1336</sup> «-La solicitud de la publicación debe hacerse por ambos esposos o por la persona que haya recibido el especial encargo (81, 135)» Trad.: «-La richiesta della pubblicazione deve farsi da ambedue gli sposi o da persona che ne ha da essi ricevuto speciale incarico (81, 135)».

En este sentido, parte de la doctrina<sup>1337</sup> sostiene que podría ser relevante a los efectos de la norma, cuando fuese realizada por ambas partes mediante la suscripción de un documento. Por el contrario, y con una argumentación diferente se pronuncia otro sector doctrinal<sup>1338</sup>, al entender que, de ser esto así, la publicación de proclamas canónicas, daría lugar a la existencia de una presunción de promesa de matrimonio equiparable a la civil, adquiriendo por extensión el mismo valor que ésta. Equiparación que originaría, sin duda, que la publicación de proclamas canónicas fuera el medio idóneo para fundar el resarcimiento del daño conforme a lo previsto por el artículo 81.

Para FINOCCHIARO, F<sup>1339</sup>, la problemática suscitada se puede solucionar de una manera u otra, cuando, en el caso concreto, se de la coexistencia de dos requisitos. De una parte, que la resultante de la publicación de proclamas canónicas sea realizada en acto suscrito por ambas partes y, de otra, que en ésta sea mencionada de forma explícita que el matrimonio está destinado a ser transcrito a los efectos civiles.

Por su parte, la jurisprudencia se ha pronunciado en sentido negativo, apoyándose en que la Ley no equipara la publicación de proclamas canónicas a la civil y, por tanto, no resulta idónea para originar la obligación de resarcimiento de los daños previstos por el precepto.

En lo que a esta materia se refiere, la *Sentencia del Tribunal Forlì, de 15 de marzo de 1949*, después de distinguir la publicación de la solicitud de publicación, niega de forma obvia cualquier valor a la primera, debido a que no constituye un acto de parte. Además, señala que en el Ordenamiento italiano, la promesa de matrimonio es considerada como una fuente de obligación válida, sea ésta expresa o tácita, por lo que sostiene que, se debe entender improductiva de la obligación de resarcimiento del daño una

---

<sup>1337</sup> *Vid.*, entre otros, NOVARA, *op. cit.*, p. 67.

<sup>1338</sup> Así, TRABUCCHI, con nota a la Sentencia del Trib. Forlì, 15 marzo 1949, in *Giur. it.*, 1950, I, 2, c. 334.

<sup>1339</sup> *Vid.*, FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 153.

promesa que no sea resultado de una publicación de proclamas realizada por el oficial del estado civil, en la forma prescrita por la Ley<sup>1340</sup>.

Por el contrario, la *Sentencia del Tribunal Genova, de 17 de junio de 1960*, ha determinado que la publicación de proclamas canónicas cumplen el segundo de los requisitos exigidos por el artículo 81 del Código civil, debido a que de ésta se evidencia de forma implícita una promesa de matrimonio, seria y decidida para contraer el matrimonio proyectado y, que el documento esponsalicio canónico suscrito por las partes tiene pleno valor de escritura privada<sup>1341</sup>.

En similar sentido, en la *Sentencia ésta del Tribunal Roma, de 27 de julio de 1963*, se atribuye relevancia a la resultante de la publicación de proclamas canónicas. En esta *Sentencia* el Tribunal ha afirmado que, en el supuesto de que la proclama canónica contenga de modo implícito una promesa seria y fundada de contraer matrimonio, se entiende que el documento esponsalicio suscrito por las partes tiene pleno valor de escritura privada<sup>1342</sup>. Además, pone de manifiesto que el requisito es respetado no solo en el supuesto de proclamas presentadas ante el oficial del estado civil, sino también de las realizadas ante el párroco, sin que tenga relevancia alguna la mención expresa de que el matrimonio esté destinado a producir efectos civiles<sup>1343</sup>.

En particular, la *Sentencia del Tribunal Torino de 11 de junio de 1966*, reconoce que la resultante de la publicación de proclamas canónicas realizadas de forma solemne ante el párroco por los novios, con la presencia

---

<sup>1340</sup> *Op. cit.*, c. 334. Esta *Sentencia* ha sido confirmada por la App. Bologna, 12 ottobre 1950, in *Dir. Eccles.*, 1960, II, p. 407.

<sup>1341</sup> *Op. cit.*, p. 433.

<sup>1342</sup> *Op. cit.*, p. 7. También, la *Sentencia* del Trib. Torino, 11 giugno 1966, entiende que la solicitud de publicaciones canónicas es irrelevante si se realiza verbalmente sin formalidad alguna, pero será suficiente si es realizada en presencia de testigos o mediante un acto suscrito por las partes (in *GC.*, 1967, I, p. 186) y, *vid.*, la *Sentencia* de la App. Reggio Calabria, 18 luglio 1958, in *GC.*, voce «Matrimonio», 1959, I, n. 74, pp. 216 y 219.

<sup>1343</sup> Contra esta última necesidad, *vid.*, las argumentaciones aportadas por FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 154.

de testigos o, mediante un acto suscrito por las partes, produce los mismos efectos que aquélla realizada ante el oficial del estado civil, mientras que resulta irrelevante la resultante de publicación de proclamas canónicas realizada verbalmente sin formalidad alguna<sup>1344</sup>.

En definitiva, el legislador italiano a diferencia de la mayoría de las Legislaciones europeas, no introduce la libertad de forma en esta institución, de modo que, en la actualidad, en el Regimen italiano se continúa exigiendo por imperativo legal una forma determinada en la promesa de matrimonio.

### C. La capacidad

Por cuanto a la capacidad de los sujetos se refiere, conviene precisar que el precepto requiere de forma expresa que la promesa de matrimonio sea realizada por persona capaz, es decir, por mayor de edad -18 años- o, menor de edad al que le sea permitido contraer matrimonio, de conformidad con lo establecido por el artículo 84 del Código civil<sup>1345</sup>.

Por su parte, en la actualidad, la disposición que originariamente hacía referencia al menor autorizado que debía dar su consentimiento para la celebración del matrimonio, se encuentra modificada en parte, por el

---

<sup>1344</sup> *Vid.*, en este sentido, entre otras, la Sentencia del Trib. Torino, 11 giugno 1966, *op. cit.*, p. 186 y, la Sentencia de la App. Reggio Calabria, 18 luglio 1958, *op. cit.*, pp. 216 y 219. Desde el punto de vista doctrinal, entre otros, *vid.*, UCCELLA, voce «Matrimonio»..., *op. cit.*, p. 10; TRABUCCHI, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 24.

<sup>1345</sup> En este sentido, FINOCCHIARO, Alfio e FINOCCHIARO, Mario (en *Riforma del diritto di famiglia. Commentario teorico-pratico alla legge 19 maggio 1975, n. 151*, Artt. 1-89, Vol. I, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1975, p. 22) señalan que «nel vigore del testo dell'articolo 81 prima di questa modifica, l'uomo che aveva compiuto gli anni quattordici e la donna che aveva compiuto i dodici anni, anche se ammessi al matrimonio con dispensa del Capo dello Stato o delle autorità a ciò delegate, non erano considerati responsabili per l'inesecuzione della promessa di matrimonio atteso il carattere tassativo dell'elencazione, e ciò in considerazione del disfavore con cui il legislatore del 1942 vedeva il matrimonio dei minori e dell'opportunità di evitare che attraverso la previsione di una responsabilità per il risarcimento dei danni si costringesse al matrimonio chi non voleva più. Tale motivi sono stati considerati non validi dal legislatore della riforma e ciò anche perché ormai può essere ammesso al matrimonio solamente chi ha già compiuto i sedici anni e sia psichicamente e fisicamente maturo. Si tratta di persone capaci di autodeterminarsi e quindi giustamente le si è considerate responsabili per l'inesecuzione della promessa di matrimonio». Sobre la adecuación del artículo 81 al nuevo texto del artículo 84 del Código civil, *vid.*, TRABUCCHI, «Matrimonio»..., *op. cit.*, p. 84.

artículo 3 de la Ley 19 de mayo de 1975, n. 151, con la que se reforma el Derecho de familia para adecuar la norma a la reforma sufrida por el artículo 84. Precepto que recogía lo previsto por el derogado artículo 54 Código civil de 1865 y que por primera vez había fijado de forma expresa el requisito de la mayoría de edad, pero admitiendo al mismo tiempo a los menores de edad en posesión de la autorización del consentimiento otorgado por las personas cuya autorización era requerida para la celebración del matrimonio.

De esta nueva redacción se desprende que únicamente podrán celebrar la promesa de matrimonio aquellas personas que tengan capacidad para contraer nupcias, debido a que hace referencia a la promesa realizada por persona mayor de edad o menor de edad admitido a contraer matrimonio, que son los que conforme al artículo 84<sup>1346</sup> tienen aptitud para contraer aquéllas<sup>1347</sup>. De modo que al aludir de forma expresa al menor emancipado, se solventa al igual que en el caso español, la duda suscitada en el anterior régimen respecto de los menores emancipados.

De lo anterior se justifica la afirmación que sostiene que, la intención del legislador italiano ha sido la de establecer un perfecto paralelismo del precepto con la capacidad requerida para la validez del matrimonio, en un marcado contraste con la más antigua tradición que del Derecho romano al

---

<sup>1346</sup> «-El menor de edad no puede contraer matrimonio. -El tribunal, a instancia del interesado, comprobada su madurez físico-psíquica y la justificación de las razones señaladas, con audiencia del ministerio público, padre o tutor, puede con decreto emitido en cámara de consejo admitir por graves motivos el matrimonio a quien haya cumplido 16 años» Trad.: «-I minori di età non possono contrarre matrimonio. -Il tribunale, su istanza dell'interessato, accertata la sua maturità psico-fisica e la fondatezza delle ragioni addotte, sentito il pubblico ministero, i genitori o il tutore, può con decreto emesso in camera di consiglio ammettere per gravi motivi al matrimonio chi abbia compiuto sedici anni».

<sup>1347</sup> Capacidad que ya era exigida tanto por el derogado artículo 54 del Código civil de 1865, como en la versión anterior del artículo 81 del Código civil de 1942, puesto que en ambos preceptos se debía tratar de menor autorizado por las persona cuyo consentimiento fuera necesario para la celebración del matrimonio, lo cual remitía a los titulares de la licencia matrimonial, es decir, a los padres o tutores del menor.



Canónico antiguo y al común, fijaban para el prometido una edad menor que la requerida para la boda<sup>1348</sup>.

El efecto más destacable de esta equiparación es la exclusión de la aplicación de la norma a efectos resarcitorios para el supuesto de que la promesa de matrimonio sea realizada por un menor no admitido a contraer matrimonio, es decir, por menor no emancipado, al que se le reconoce capacidad para entender y querer<sup>1349</sup>. Esta conclusión resulta en consonancia con el principio establecido por el artículo 16 de la Ley 14 de marzo de 1985, n. 132, que ratifica y aplica la convención sobre la eliminación de cualquier forma de discriminación contra la mujer, adoptada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, conforme a la que el compromiso y el matrimonio entre menores no originará efecto jurídico alguno<sup>1350</sup>.

Exclusión que también tiene lugar por la aplicación extensiva de la norma contenida en el artículo 2.046<sup>1351</sup> prevista para la responsabilidad extracontractual del menor o, del criterio previsto por el artículo 1.426<sup>1352</sup> «malitia supplet aetatem», debido a que este tema se encuentra referido a intereses superiores a los intentos inmediatamente seguidos por el legislador en proteger a quien es engañado por la malicia de uno de los contrayentes<sup>1353</sup>.

---

<sup>1348</sup> Para una mayor argumentación sobre esta materia, *vid.*, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 209.

<sup>1349</sup> *Vid.*, TRABUCCHI, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 23.

<sup>1350</sup> «-I fidanzamenti ed i matrimoni tra fanciulli non avranno effetti giuridici».

<sup>1351</sup> «-No responde de las consecuencias del hecho dañoso quien no tuviera la capacidad de entender o querer en el momento en que lo ha ocasionado, a menos que el estado de incapacidad resulte de su propia culpa» Trad.: «-Non risponde delle conseguenze dal fatto dannoso chi non aveva la capacità d'intendere o di volere al momento in cui lo ha commesso (Cod. Pen. 85 e seguenti), a meno che lo stato d'incapacità derivi da sua colpa».

<sup>1352</sup> «-El contrato no es anulable, si el menor con razones ha ocultado su menor edad; Pero la simple declaración realizada por él de ser menor de edad no es un obstáculo a la impugnación del contrato» Trad.: «-Il contratto non è annullabile, se il minore ha con raggiri occultato la sua minore età (2); ma la semplice dichiarazione da lui fatta di essere maggiorenne non è di ostacolo all'impugnazione del contratto».

<sup>1353</sup> *Vid.*, TRABUCCHI, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 24.

En particular, ninguna controversia se ha suscitado sobre la relevancia del artículo 81 del Código civil respecto de la promesa de matrimonio efectuada por el inhabilitado. Figura a la que se le reconoce la capacidad no solo para el matrimonio, sino que es extensible a todos los negocios de Derecho de familia<sup>1354</sup>.

Sin embargo, cuestión más debatida ha sido la referida al incapacitado psíquico que se promete en matrimonio emitiendo el consentimiento por sí mismo y con plena consciencia, lo cual únicamente podrá tener lugar en el supuesto de incapacitados por anomalías psíquicas durante un intervalo lúcido. Esta promesa ha sido entendida por un sector doctrinal<sup>1355</sup>, como una válida fuente de responsabilidad conforme a la teoría de la naturaleza aquilina de la relación del artículo 81 del Código civil, debido a que si la promesa fue dada por un incapacitado por anomalía o deficiencia psíquica y aún a pesar de sus deficiencias es capaz para el matrimonio, se puede

---

<sup>1354</sup> *Vid.*, en este sentido, las argumentaciones, entre otros, de TEDESCHI, voce «Matrimonio...», *op. cit.*, p. 420; UCCELLA, voce «Matrimonio»..., *op. cit.*, p. 9; NOVARA, *op. cit.*, pp. 63 y ss.

<sup>1355</sup> El debate sobre este tema se remonta al Código civil de 1865. Por lo que a la promesa realizada por un incapacitado psíquico durante en un intervalo lúcido, TATARANO, entiende necesario realizar una evaluación concreta de la confianza que dicha declaración podría haber generado en la otra parte, debido a que desde el punto de vista no contractual, la promesa realizada en tales condiciones, se debería entender como válida fuente de responsabilidad, por lo que sería responsable directo el propio promitente, no pudiéndose considerar como imposible tal promesa, como ocurriría en el caso de la existencia de un impedimento, en cuanto que tal momento lúcido de incapacidad podría cesar (*vid.*, «La Promessa...», *op. cit.*, p. 530) e, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, pp. 670-671. También, NOVARA, sostiene que la voluntariedad del acto debería ser suficiente garantía cuando fuera probado que el sujeto en el momento de efectuar la promesa -aunque fuera únicamente por un período escaso de tiempo- estaba lúcido y, por tanto, en plena posesión de sus facultades mentales, por lo que repudiando la tesis de la responsabilidad contractual, concluye por la aplicación al caso del artículo 81 (*vid.*, *op. cit.*, p. 63). Por el contrario, DEGNI, considera los esponsales como un negocio jurídico, por lo que sostiene que el incapacitado mental no se podrá tampoco prometer en matrimonio mientras dure la incapacidad mental, con independencia del estado de la enfermedad (*vid.*, *Del Matrimonio...*, *op. cit.*, p. 67).

Por la irrelevancia de la promesa de matrimonio realizada por el incapaz mental, *vid.*, las argumentaciones de SANTOSUOSSO, «Il matrimonio e il regime patrimoniale...», *op. cit.*, p. 42 y, «Delle persone...», *op. cit.*, p. 37. Por su parte, para, TEDESCHI, la promesa realizada por un incapaz mental con independencia del momento en el que la realice será siempre nula (*vid.*, voce «Matrimonio...», *op. cit.*, p. 420).

entender que si fue tenida por seria por la otra parte, la ruptura sin justa causa podrá originar su responsabilidad.

En síntesis, esta norma requiere que la promesa de matrimonio provenga de sujetos mayores de edad o menores de edad admitidos para contraer matrimonio. Esta circunstancia que evidencia un inmediato paralelismo con la capacidad requerida para la validez del matrimonio, permite la exclusión -con independencia de la reconducción de la figura a categorías generales como son la responsabilidad aquilina o, la contractual- de la aplicación del artículo 81 del Código civil en caso de promesa procedente de persona que contenga una incapacidad psíquica por sentencia judicial o natural<sup>1356</sup>.

También conviene puntualizar que, el menor o incapaz que dolosamente hubiera enmascarado u ocultado la razón de la imposibilidad de la promesa de matrimonio, deberá responder por el daño originado no al amparo del artículo 81, sino de acuerdo con lo establecido por el artículo 2.043<sup>1357</sup> del Código civil <sup>1358</sup>.

---

<sup>1356</sup> *Vid.*, en este sentido, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 211 y, «La promessa di...», *op. cit.*, p. 187; DI CRISTO, *op. cit.*, p. 30. También JEMOLO, sostiene que las disputas sobre la naturaleza de la responsabilidad en relación a la solución del problema sobre los efectos derivados de la promesa de matrimonio efectuada por el incapaz psíquico son del todo irrelevantes, debido a que resulta obvia la reflexión de que ninguna persona sería condescendiente frente a una promesa matrimonial realizada por un incapaz psíquico ni tampoco realizaría gastos con ocasión del futuro matrimonio conforme a la promesa de matrimonio efectuada por aquél, aún incluso en el supuesto de que aquél se considerase curado y a la espera de la retirada de la incapacidad mental (*Il matrimonio...*, *op. cit.*, p. 55). Mientras que FINOCCHIARO, F, niega el concepto mismo de capacidad como referido a la promesa de matrimonio, apoyándose en premisas de tipo aquiliano, al decir que la Ley requiere el elemento de la capacidad como requisito necesario para la seriedad de la promesa (*Del matrimonio...*, *op. cit.*, p. 159).

<sup>1357</sup> «-Cualquier hecho doloso o culposo, que cause un daño injusto a los demás, obligará a quien ha cometido el hecho a resarcir del daño» Trad.: «-Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

<sup>1358</sup> *Vid.*, CARICATO, «La promessa di...», 2007, *op. cit.*, p. 94; FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 61; AUTORINO STANZIONE, *op. cit.*, p. 469. Asimismo, TATARANO, entiende que se podría identificar una responsabilidad conforme a los artículos 2.048 o 2.047 según que el promitente sea, en ese momento capaz de entender y querer o no («Rapporti da promessa...», *op. cit.*, p. 671) y, «La Promessa...», *op. cit.*, p. 530.

Por cuanto atañe al sistema italiano, abandonada la teoría de la responsabilidad contractual, el interprete podrá proteger la confianza depositada en vano en la promesa de matrimonio al prometido desilusionado sin tener que preocuparse de las cuestiones que atienen a la validez del vínculo, ya sea bajo el perfil de la nulidad de éste por la presencia de alguno de los vicios del consentimiento<sup>1359</sup> o, por la imposibilidad del objeto<sup>1360</sup>. En definitiva, esta obligación que no es jurídicamente vinculante no comporta la cuestión sobre la posible libertad de consentimiento.

De lo anterior se justifica la afirmación que sostiene que, la situación examinada constituye una hipótesis de justa causa no solo de la suspensión de la promesa de matrimonio conforme a lo establecido por el párrafo primero del artículo 81 del Código civil, sino también para solicitar el resarcimiento del daño al prometido que haya inducido a la contraparte a prestar el propio consentimiento, ya sea con violencia u omisión de la existencia de un impedimento e, incluso en caso de que asegure la superación de una cierta situación<sup>1361</sup>.

En definitiva, la solución de las cuestiones suscitadas sobre la capacidad que deben ostentar los prometidos y la posible presencia de vicios del consentimiento o de impedimentos matrimoniales –con independencia de la naturaleza del fenómeno descrito por el artículo 81 del Código civil –, deben ser deducidas de las normas que para este propósito se han establecido por el legislador italiano<sup>1362</sup>.

---

<sup>1359</sup> *Vid.*, en este sentido, GANGI, *op. cit.*, p. 57; DEGNI, *Il diritto di famiglia...*, *op. cit.*, p. 37.

<sup>1360</sup> En relación a los impedimentos, *vid.*, las aportaciones de NOVARA, *op. cit.*, p. 64.

<sup>1361</sup> *Vid.*, en este sentido, FINOCCHIARO, F, entiende que sería hipotizable una responsabilidad conforme a lo establecido por el artículo 2.043 del Código civil, a cargo del promitente que hubiese inducido al otro a realizar gastos en vista de la celebración del matrimonio, ocultando la existencia de un impedimento («Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 161); JEMOLO, *Il matrimonio...*, *op. cit.*, p. 55.

<sup>1362</sup> *Vid.*, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 213.

### 3. LA AUSENCIA DE JUSTA CAUSA: LA CARGA DE LA PRUEBA

El resarcimiento del daño por incumplimiento de la promesa de matrimonio se encuentra vinculado a la ruptura injustificada de aquélla. De ahí que la ruptura de la promesa se configure como una fuente de la obligación resarcitoria cuando no exista una justa causa.

De lo dicho se destaca que la apreciación de la justificación o no de la negativa a la celebración de la boda en relación al comportamiento culpable de la otra parte que había dado causa, en la práctica se realiza con referencia a la relación conyugal real, demostrándose nuevamente que se trata de un hecho que se mueve sobre un plano que no es aquel contractual del que sería más propio una tipificación de los presupuestos objeto de protección.

Dado el carácter excepcional del caso, el legislador ha limitado tal reconocimiento unicamente al supuesto en que la ruptura de la promesa de matrimonio tenga lugar por la culpa del prometido de aquel distinto al que ha sufrido el daño. Esta culpa es prevista, de forma alternativa, en dos supuestos: De una parte, que la negativa a la celebración del matrimonio tenga lugar sin justa causa, obligando al promitente a resarcir el daño originado a la otra parte<sup>1363</sup> y, de otra, cuando la justa causa constituya elemento constitutivo de la responsabilidad de aquél que aunque no ha manifestado su negativa, ha determinado culposamente la negativa justificada de la otra parte<sup>1364</sup>.

Por su parte, la doctrina contemporánea, ha intentado procesar los datos provenientes por la jurisprudencia enmarcándola dentro de criterios de carácter general. En particular, se ha considerado que constituyen válidas causas de la ruptura de la promesa de matrimonio, aquellos hechos que si hubiesen sido conocidos o previstos en el momento en que se constituyeron los esponsales, habrían disuadido de su conclusión<sup>1365</sup>, debido a que

---

<sup>1363</sup> Cfr., párrafo primero del artículo 81 del Código civil italiano de 1942.

<sup>1364</sup> Cfr., párrafo segundo del artículo 81 del Código civil italiano de 1942.

<sup>1365</sup> Así, TRABUCCHI, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 54; FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 179.

tuvieron lugar conforme a la ignorancia que de éstos en el momento de la formalización de la promesa tenían las partes<sup>1366</sup>. Criterio que resulta de difícil aplicación, además de ser excesivamente abstracto.

Se añade otra cuestión que ha sido mencionada más arriba referida a la ignorancia que puedan ostentar las partes. Cuestión salvada por el texto que presenta el párrafo tercero del vigente artículo 122<sup>1367</sup> del Código civil, al ser entendido como una norma capaz de ofrecer un catálogo de situaciones en donde la ignorancia –justamente por ser relevante para la anulación del matrimonio- debería con mayor razón ser constitutiva de una justa causa para la negativa de la celebración<sup>1368</sup>. Así, por ejemplo, en los supuestos de error sobre la cualidad de la otra parte y, en particular, el

---

<sup>1366</sup> *Vid.*, TATARANO, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, p. 671 y, «La Promessa...», *op. cit.*, pp. 530-531.

<sup>1367</sup> «-El error sobre la cualidad personal y esencial, se evalúa, teniendo presentes las condiciones de los otros cónyuges, si se comprueba que la misma no hubiese prestado su consentimiento si hubiese tenido conocimiento, y siempre que el error sea respecto a: 1) la existencia de un mal físico o psíquico o de una anomalía o desviación sexual, tales de impedir el desarrollo de la vida conyugal. 2) la existencia de una sentencia de condena por delito no culposo a prisión no inferior a cinco años, salvo en el caso de rehabilitación antes del a celebración del matrimonio. La acción de anulación no puede ser propuesta antes de que la sentencia haya devenido en irrevocable. 3) la declaración de delincuencia habitual o profesional. 4) la circunstancia de que el otro cónyuge haya sido condenado por delito concerniente a la prostitución a pena no inferior a dos años. La acción de anulación no puede ser propuesta antes de que la condena haya devenido en irrevocable; 5) el estado de gravidez causado por una persona distinta al sujeto que sufra el error, para lo que se requiere el desconocimiento en el sentido del artículo 23» Trad.: «-L'errore sulle qualità personali è essenziale qualora, tenute presenti le condizioni dell'altro coniuge, si accerti che lo stesso non avrebbe prestato il suo consenso se l'avesse esattamente conosciute e purché l'errore riguardi: 1) l'esistenza di una malattia fisica o psichica o di una anomalia o deviazione sessuale, tali da impedire lo svolgimento della vita coniugale; 2) l'esistenza di una sentenza di condanna per delitto non colposo alla reclusione non inferiore a cinque anni, salvo il caso di intervenuta riabilitazione prima della celebrazione del matrimonio. L'azione di annullamento non può essere proposta prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile; 3) la dichiarazione di delinquenza abituale o professionale; 4) la circostanza che l'altro coniuge sia stato condannato per delitti concernenti la prostituzione a pena non inferiore a due anni. L'azione di annullamento non può essere proposta prima che la condanna sia divenuta irrevocabile; 5) lo stato di gravidanza causato da persona diversa dal soggetto caduto in errore, purché vi sia stato disconoscimento ai sensi dell'art. 233, se la gravidanza è stata portata a termine».

<sup>1368</sup> *Vid.*, en esta materia, las aportaciones de OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, pp. 225-227 y, voce «La promessa di matrimonio...», *op. cit.*, pp. 188-190.

referido a las condiciones de salud –es decir, la ignorancia de una afección de enfermedad venerea-<sup>1369</sup>. Por tanto, con este precepto se subsana el posible error sobre la ignorancia de la cualidad de la otra parte.

En virtud de lo anterior, la doctrina<sup>1370</sup> explica el concepto de justa causa para establecer *a contrariis* que cuando la negativa o receso no recae sobre los requisitos que se configuran como esenciales para contraer matrimonio, éste se configura precisamente como injustificado y, por tanto, como fuente de responsabilidad.

De lo dicho se sigue la afirmación que, ha sugerido considerar como relevantes aquellos hechos que podrían fundar la demanda de la anulación del matrimonio en el sentido previsto por dicho precepto<sup>1371</sup>. Esta sugerencia calificada como una hipótesis de error en las cualidades personales del otro prometido, se ha configurado como esencial, debido a que si efectivamente hubieran sido conocidas por el promitente, lo habría disuadido de prestar su propio consentimiento y, por tanto, habría permitido considerar justificada la ruptura de los esponsales cuando ésta hubiera sido idónea para evitar un error que podría, con posterioridad, dar lugar a la anulación del matrimonio<sup>1372</sup>.

Por su parte, desde el punto de vista jurisprudencial, de una parte, se añade a los supuestos previstos por la citada norma, entre otros, los casos de conocimiento de la existencia de informes anteriores del prometido con otras personas<sup>1373</sup> o, de precedentes de enfermedades con peligrosas consecuencias o condiciones físicas que sean de difícil o peligroso

---

<sup>1369</sup> *Vid.*, TATARANO, «La Promessa...», *op. cit.*, p. 530. Desde el punto de vista jurisprudencial, *vid.*, la Sentencia de la App. Bari, 2 marzo 1931, in *Rep. F.*, 1931, voce «Matrimonio», n. 34. Para la hipótesis de una exacerbación de la enfermedad venerea conocida a la contraparte, *vid.*, la Sentencia de la App. Reggio Calabria, 18 luglio 1958, *op. cit.*, pp. 216 y 219.

<sup>1370</sup> *Vid.*, MESSINA e SICA, *op. cit.*, p. 62.

<sup>1371</sup> Así, se pronuncia la Sentencia de la App. Napoli, 13 marzo 1956, in *Rep. FI.*, 1956, voce «Matrimonio», c. 1728, nn. 28-29. En doctrina, *vid.*, las aportaciones de TATARANO, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, pp. 671-672.

<sup>1372</sup> *Vid.*, CARICATO, «La promessa di...», 2007, *op. cit.*, p. 95.

<sup>1373</sup> *Vid.*, la Sentencia del Trib. Venezia, 18 febbraio 1927, in *Foro venezia.*, 1927, p. 119.

contacto<sup>1374</sup>; la persecución del patrimonio de la otra parte<sup>1375</sup>; la pérdida del puesto de trabajo<sup>1376</sup> o la quiebra<sup>1377</sup>; el descubrimiento de una posición social diferente a la supuesta<sup>1378</sup> y, el error en la otorgación de un impedimento solicitado<sup>1379</sup> y, de otra, se afirma la necesidad de tener en cuenta, tanto los principios morales y la clase social de los futuros esposos como las costumbres y tradiciones del lugar donde se debiera celebrar el proyectado matrimonio<sup>1380</sup>.

De modo que no serán reconducibles a la noción de justo motivo ni aquellos supuestos en los que se dé la consideración relevante de la subsistencia de ciertas razones apreciables y serias que sean contrarias a la celebración del matrimonio o de la boda<sup>1381</sup>, ni aquellas otras circunstancias de las que se tenía constancia en el momento de la promesa de matrimonio y que habrían disuadido a los prometidos de concluirlo<sup>1382</sup>. Este sería el caso, por ejemplo, del incumplimiento –por parte del padre de la novia- de aumentar los bienes o, de constituir una determinada dote<sup>1383</sup> o, el

---

<sup>1374</sup> *Vid.*, TRABUCCHI, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 28.

<sup>1375</sup> *Vid.*, la Sentencia del Trib. Reggio Calabria, 29 settembre 1954, in *Rep. GC.*, 1954, voce «Matrimonio», nn. 28-29.

<sup>1376</sup> En este sentido, *vid.*, la Sentencia del Trib. Reggio Calabria, Sez. II, 12 agosto 2003, sostiene que representa una justa causa de ruptura de la promesa de matrimonio la persistente falta de una estable ocupación laboral, siempre que el compromiso de contraer matrimonio haya estado subordinado a la consecución de una ocupación estable o definitiva, o si la situación de trabajo del prometido fuera distinta a la que ostentaba en el momento de la promesa, que de haber sido conocida en aquel momento no habría tenido lugar la promesa de matrimonio (*op. cit.*, p. 282).

<sup>1377</sup> *Vid.*, la Pret. Napoli, sent. 17 novembre 1964, *op. cit.*, p. 46.

<sup>1378</sup> *Vid.*, el Trib. Venezia, sent. 18 febbraio 1927, *op. cit.*, p. 119.

<sup>1379</sup> *Vid.*, FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, pp. 169 y ss.

<sup>1380</sup> *Vid.*, TATARANO, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, p. 672.

<sup>1381</sup> *Vid.*, la Sentencia de la App. Napoli, 13 marzo 1956, *op. cit.*, nn. 28-29.

<sup>1382</sup> Sobre este punto difusamente FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, pp. 168 y ss. Para una amplia referencia jurisprudencial, *vid.*, DE GIORGI, *op. cit.*, pp. 757 y ss.

<sup>1383</sup> *Vid.*, la Sentencia de la App. Catanzano, 30 novembre 1954, in *Rep. Giust. civ.*, 1954, voce «Matrimonio», n. 43.



conocimiento de una enfermedad venérea por el prometido con anterioridad a la promesa<sup>1384</sup>.

En síntesis, los pronunciamientos jurisprudenciales evidencian la propensión por el Juez de adoptar un criterio de carácter relativo, no estrictamente jurídico del concepto de justa causa, ya que prescinde de cualquier específica referencia normativa, con la finalidad de realizar un juicio de carácter no jurídico, por lo que la existencia o no de justa causa se debería localizar fuera de los términos establecidos por la Ley, es decir, en el ámbito de las ideas dominantes y de los principios sociales y morales más comunes, aplicando al caso concreto el juicio moral más común<sup>1385</sup>.

Por su parte, la doctrina más prudente, recuerda conforme a la gravedad que deben presentar los hechos que justifiquen la negativa de la promesa de matrimonio que éstos deberían ser evaluados no de forma abstracta -a la luz de factores de moralidad o de tradiciones de conveniencia-, sino en relación a concretas evaluaciones judiciales en las que se valore la sensibilidad del sujeto que rechaza el compromiso de la promesa. Esta evaluación subjetiva debería prever el significado de algunas situaciones que podrían surgir para las personas implicadas<sup>1386</sup>.

En definitiva, la evidente similitud del instituto de la promesa de matrimonio con aquel del matrimonio y, las posiciones doctrinales y

---

<sup>1384</sup> *Vid.*, la Sentencia de la App. Reggio Calabria, 18 luglio 1958, *op. cit.*, pp. 216 y 219.

<sup>1385</sup> *Vid.*, JEMOLO, *Il matrimonio...*, *op. cit.*, p. 51. Según NOVARA, una causa se debe retener justa cuando corresponda con los normales criterios de las directrices de la vida civil (*op. cit.*, p. 90). Por su parte, FERRANDO, considera que este criterio inevitablemente envía a valores externos al sistema normativo, deducibles de la realidad social, de los principios de orden ético más comunes y como tales relativos al contexto histórico y ambiental en el cual el sujeto se encuentra y que en cada caso requiere de un desplazamiento de atención, por así decirlo, del autor al destinatario de la negativa de la promesa, pareciendo injustificado el rechazo que decepciona su compromiso sin que existan razones apreciables que lo mantenga (*op. cit.*, p. 82). Asimismo, FINOCCHIARO, F, advierte que el juez deberá tener en cuenta la forma de pensar y vivir del grupo social (*Del matrimonio...*, *op. cit.*, pp. 166 y ss.). En jurisprudencia, en particular, *vid.*, la Sentencia de la Pret. Napoli, 17 novembre 1964, *op. cit.*, p. 46.

<sup>1386</sup> *Vid.*, TRABUCCHI, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 28; TEDESCHI, voce «Matrimonio...», *op. cit.*, p. 421.

jurisprudenciales referidas a una época anterior a la entrada en vigor del párrafo tercero del vigente artículo 122 del Código civil, evidencian la dificultad de prescindir de la premisa normativa -a nivel de parámetro de referencia, indicativo de una elección- realizada por el legislador en materia matrimonial, en beneficio de valores como la salud física o mental, la moralidad [...] y, en detrimento de otros, como son: la riqueza, la posición, la nobleza [...] <sup>1387</sup>.

Por cuanto atañe a la carga de la prueba del hecho que constituye justa causa de receso de la promesa de matrimonio, al actor le corresponde demostrar la existencia de los hechos constitutivos de su pretensión. Mientras que al demandante le incumbe probar los hechos impeditivos de la pretensión, es decir, el motivo por el cual la otra parte ha rechazado el matrimonio.

En este sentido, al actor le corresponderá demostrar los siguientes extremos: la existencia de la promesa de matrimonio -promesa que deberá ser emitida por mayor de edad o menor de edad al que le sea permitido contraer matrimonio conforme a lo previsto por el artículo 84-; el incumplimiento consistente en la negativa de la otra parte a contraer dicho matrimonio -negativa que requiere de prueba fehaciente-; la existencia y la cuantía de los gastos efectuados y de las obligaciones contraídas y, la finalidad por la que fueron realizados. Mientras que al demandado le incumbirá probar: la existencia de una justa causa de incumplimiento o, en vía reconventional que la negativa tuvo lugar por el comportamiento del otro prometido. Asimismo, con la finalidad de obtener una reducción del *quantum* del resarcimiento, podrá probar la desproporción existente entre los gastos efectuados y la condición económica que ostenta el perjudicado.

Por lo que al motivo por el cual la otra parte ha rechazado el matrimonio se refiere, conviene tener presente que la formulación de la Ley implica la prueba de un elemento negativo concretado en la ausencia de

---

<sup>1387</sup> Vid., OBERTO, *La promesa di matrimonio tra...*, op. cit., p. 227.

justa causa que por definición es indemostrable o, que podría ser constitutivo de una *probatio*, por así decirlo, diabólica<sup>1388</sup>.

Asimismo, si el resarcimiento es requerido conforme al párrafo segundo del artículo 81 del Código civil, el actor también deberá probar la culpa de la otra parte determinante de su justa negativa. Por el contrario, si la parte demandada fuera absuelta de la obligación en cuestión, deberá probar que su negativa se debió a una justa causa<sup>1389</sup>.

Con todo se ha de reseñar que si fuera demostrable que el sujeto que rechaza el cumplimiento era sabedor con anterioridad a la promesa de matrimonio de la existencia de la causa que él quería invocar como justa causa para eludir las consecuencias de la negativa, no podrá solicitar la exención de una responsabilidad que él mismo tiene por lo menos de forma indirecta<sup>1390</sup>.

En definitiva, esta distribución de la carga probatoria se debe a la circunstancia de que la ausencia de una justa causa representa un hecho negativo caracterizado en los términos de la *exceptio doli*<sup>1391</sup>, debido a que no cumple el criterio de buena fe, por tanto, no puede constituir objeto de prueba de conformidad con el principio expresado por la máxima negativa

---

<sup>1388</sup> En el sentido de que sobre el actor no recae la carga de la prueba de la causa injustificada, *vid.*, JEMOLO, *Il matrimonio...*, *op. cit.*, Nt. 4, p. 60. Por el contrario, GANGI, entiende que cuando la obligación de resarcimiento sea considerado de naturaleza extracontractual, corresponderá a quien solicite el resarcimiento probar la culpa del incumplimiento, demostrando la ausencia de la justa causa (*vid.*, *op. cit.*, p. 63). También, *vid.*, DOSETTI, *op. cit.*, Nt. 53, p. 51.

<sup>1389</sup> En el sentido de que la justa causa debe ser probada por la parte que es alegada, *vid.*, la Sentencia del Trib. Milano, 12 maggio 1961, in *Giur. it.*, 1961, I, 2, p. 529 y, de las App. Torino, 31 marzo 1942, in *Rep. FI.*, 1942, voce «Matrimonio», nn. 27-28; App. Catanzaro, 7 febbraio 1928, *Rep. FI.*, 1928, voce «Matrimonio», n. 13.

<sup>1390</sup> *Vid.*, TRABUCCHI, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 28.

<sup>1391</sup> En orden a la operatividad de la «*exceptio doli generalis*» en el juicio pretor romano como cláusula general, *vid.*, DI MAJO GIAQUINTO, Adolfo: *L'execuzione del contratto*, Milán, 1967, p. 420.

«non sunt probanda<sup>1392</sup>» y, en definitiva, la carga deberá recaer sobre quién haya formulado la excepción<sup>1393</sup>.

#### 4. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

El fundamento de la responsabilidad derivada de la ruptura de la promesa de matrimonio, ha sido una de las cuestiones más controvertidas, tanto en el ámbito doctrinal como en el jurisprudencial.

En este sentido, un sector doctrinal<sup>1394</sup> partidario de la teoría de la naturaleza negocial de los esponsales, sostiene que la responsabilidad derivada como consecuencia de la ruptura de la promesa de matrimonio se

---

<sup>1392</sup> Sobre esta materia, *vid.*, ampliamente las aportaciones de PATTI, Salvatore: *Prove. Disposizioni generali. Artt. 2697-2698. Commentario del codice civile*, a cura di Antonio SCIALOJA e Giuseppe BRANCA, Zanichelli, Bologna-Roma, 1987, 1.ª ed., p. 52.

<sup>1393</sup> Para una mayor argumentación en esta materia, *vid.*, TATARANO, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, pp. 672-673 y, «La Promessa...», *op. cit.*, p. 531.

<sup>1394</sup> En este sentido, entre otros, DEGNI, sostiene que «non si possa negare che la promessa di matrimonio sia un vero e proprio contratto. È vero che, per ragioni di alto interesse sociale, in questa materia, in cui coincidono rapporti di diritto privato e rapporti di diritto pubblico, il legislatore, alla promessa di matrimonio ha dovuto togliere il carattere precipuo che deriva da ogni obbligazione da contratto, cioè di essere tenuti all'adempimento specifico della promessa o, in mancanza, al risarcimento dei danni, permettendo il recesso unilaterale, con la sanzione dell'obbligo di risarcimento se è giustificato o ritenendolo legittimo se è conseguenza della colpa del promittente, ma ciò non toglie che l'effetto limitato sia precisamente una conseguenza della colpa del promittente, ma ciò non toglie che l'effetto limitato sia precisamente una conseguenza della responsabilità contrattuale [...] e che si tratti di responsabilità contrattuale si ricava anche dalla considerazione che, poichè sorga l'obbligazione del rimborso delle spese, la legge esige che la promessa sia fatta dal maggiore di età» (*Il diritto di famiglia...*, *op. cit.*, p. 40). En la misma línea, COGLIOLO, Pietro (en *Scritti vari di diritto privato*, II, Torino, 1917, pp. 181 y ss) entiende que: «Gli sponsali sono un contratto: non producono effetti giuridici ed uno di questi è quello dell'articolo 54: la inadempienza di tale contratto non ha, perdisposto di legge, una sanzione che quando gli sponsali furono fatti con la forma scritta, ed anche allora l'ha in misura ristretta alle sole spese» y, *vid.*, SANTOSUOSSO, «Il matrimonio e il regime patrimoniale...», *op. cit.*, pp. 32 y 48; TEDESCHI, voce «Matrimonio...», *op. cit.*, p. 420.

Respecto de la hipótesis de la responsabilidad contractual, que podría en la actualidad tras la reforma practicada por Ley de 19 de mayo de 1975, n. 151, parece reforzada en el cuadro de una supuesta tendencia que caracterizará el instituto del matrimonio en términos contractuales, *vid.*, RUSSO, Ennio: *Le idee della riforma del diritto di famiglia, in Studi sulla riforma di diritto di famiglia*, I, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1973, pp. 25 y ss.; FINOCCHIARO, A e FINOCCHIARO, M, *op. cit.*, p. 22.

trata de una responsabilidad de carácter contractual. Esta teoría sumamente criticada –al igual que en el caso español– es difícilmente sostenible dada la imposibilidad de calificar como negocio un acto que no produce el efecto de obligar a las partes a contraer matrimonio<sup>1395</sup>, puesto que el artículo 79 del Código civil establece de forma expresa que la promesa de matrimonio no obliga a los prometidos a contraer el matrimonio proyectado<sup>1396</sup>. Esto demuestra la imposibilidad de configurar en términos contractuales el fundamento de la responsabilidad en cuestión, justificándose en que para que la naturaleza de la promesa tuviese su encuadramiento dentro de la categoría de negocio jurídico no sería suficiente con la manifestación de voluntad de las partes, sino que ésta necesariamente debería obligar a las partes conforme a la relación jurídica que han establecido. Obligación última, que de forma expresa, está excluida por el precepto<sup>1397</sup>.

---

<sup>1395</sup> Cfr. artículo 79 del Código civil italiano de 1942.

<sup>1396</sup> En este sentido, BIANCHI, Francesco Saverio (en *Corso di Codice civile italiano*, Vol. I, Torino, 1893, p. 94) entiende que: «È assurdo attribuire natura contrattuale ad un istituto che è privo dell'effetto fondamentale proprio di ogni comune negozio giuridico, di vincolare le parti per l'oggetto convenuto. Se l'effetto principale è esclosa, si è detto, come si può ritenere che gli sponsali conservino la natura contrattuale per l'effetto secondario del risarcimento dei danni ed affermare di conseguenza che tale risarcimento dei danni ed affermare di conseguenza che tale risarcimento trovi il suo fondamento nell'accordo tra le parti?». Asimismo, GANGI, sostiene que: «Se dalla promessa non sorge l'obbligo di contrarre matrimonio, se i promettenti sono assolutamente liberi di recedere dalla promessa, e se dall'inadempimento anche ingiustificato di essa non sorge l'obbligo di risarcimento dei danni in tutta quanta la loro estensione, come mai si potrebbe ammettere che la promessa sia un contratto? Dal contratto sorge l'obbligazione per una o per entrambe le parti contraenti di adempiere la prestazione dovuta, mentre dalla promessa di matrimonio non sorge l'obbligazione di contrarlo giacché se è vero che dalla promessa di matrimonio non sorge alcun obbligo di contrarre il matrimonio, e neppure l'obbligo sussidiario del pieno risarcimento del danno per l'ingiustificato inadempimento della promessa non ha natura contrattuale» (*op. cit.*, p. 63). En el mismo sentido, CICU, Antonio (en *Il matrimonio*, Macerata, 1912, p. 56) dice que: «La promessa di matrimonio non ha efficacia vincolativa perché, non essere considerata come pre-contratto, come contratto preliminare». También, *vid.*, las aportaciones de JEMOLO, *Il matrimonio...*, *op. cit.*, pp. 55 y ss.; NOVARA, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

<sup>1397</sup> Para una mayor comprensión por el abandono de la teoría contractual, *vid.*, las argumentaciones establecidas por CARICATO, «La promessa...», 2010, *op. cit.*, p. 184; SHEPIS, Michela: «Prima i confetti poi i difetti...: le conseguenze della rottura della promessa di matrimonio secondo la Corte di Cassazione», nota a Cass., civ., Sez. III, sent. 15 aprile 2010, n. 9052, in *Giur. it.*, UTET Giuridica, 2010, 11, pp. 2282-2287; OBERTO, voce «La promessa...», *op. cit.*, p. 405 y, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 201; DI ROSA, *op. cit.*, p. 33; SANGERMANO, *op. cit.*, p. 793.

Por otra parte, la atribución del carácter negocial de la promesa de matrimonio contrasta, definitivamente, con la impericia de ésta<sup>1398</sup> lo que provoca el efecto fundamental típico del negocio jurídico, que indudablemente, consiste en obligar a las partes a cumplir el acuerdo establecido y, la ausencia del efecto principal hace igualmente revocable e independiente la duda sobre la posible naturaleza contractual del efecto secundario, circunscrito en el resarcimiento de los daños, que en este caso, no produce la función de sustituir la obligación principal incumplida<sup>1399</sup>.

En este sentido, OBERTO<sup>1400</sup> -acertadamente- sostiene que aunque resulta evidente que esta segunda conclusión no se encuentra vinculada completamente a la primera -pudiendo dar origen a la subsistencia de una responsabilidad contractual por incumplimiento de una obligación de origen legal-, lo cierto es que la imposibilidad de poder acudir al artículo 1.218<sup>1401</sup> del Código civil no da origen a la existencia de un efecto vinculado a la ausencia del requisito de la patrimonialidad, sino a la consecuencia de la regla prevista por el artículo 79, que comporta la exclusión que de la promesa de matrimonio pueda surgir obligación alguna de celebrar el matrimonio proyectado por las partes.

Sin embargo, este obstáculo que se habría podido salvar si la obligación vulnerada no se hubiese concretado en aquella de celebrar el matrimonio prometido, sino en la de no retirar la promesa sin una justa causa, construcción que es categóricamente excluida por el artículo 79 del

---

<sup>1398</sup> Cfr. artículo 79 del Código civil italiano de 1942.

<sup>1399</sup> *Vid.*, LOI, voce «Promessa...», *op. cit.*, p. 88; AQUINO e TALLARINA, *op. cit.*, p. 104.

<sup>1400</sup> *Vid.*, OBERTO, voce «La promessa di matrimonio...», *op. cit.*, p. 405.

<sup>1401</sup> «-El deudor que no sigue (1307, 1453) la prestación debida está obligado a pagar una indemnización por el daño (2740), si no se prueba (1673, 1681, 1693, 1784, 1787, 1805-2, 1821) que el incumplimiento o retraso ha estado determinado por la imposibilidad de la prestación derivada de causa no imputable a él (1256; att 160)» Trad.: «-Il debitore che non esegue esattamente (1307, 1453) la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno (2740), se non prova (1673, 1681, 1693, 1784, 1787, 1805-2, 1821) che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (1256; att. 160)».

Código civil, debido a que no establece distinción alguna entre negativa justificada o no, de modo que también salvaguarda el principio de la libertad de matrimonio se justifica en que si existiese en el supuesto de ausencia de justa causa de negativa un verdadero deber jurídico de celebrar el matrimonio, se debería entender válida la pena establecida para tal eventualidad, lo cual es inadmisibile conforme a dicho precepto.

En su virtud se justifica la afirmación que sostiene que, se supera la concepción contractual de la responsabilidad por ruptura de la promesa de matrimonio<sup>1402</sup>, ya que ésta ni es el preámbulo de una relación jurídica patrimonial, ni presenta líneas de negociación e, incluso una parte de su contenido programático se encuentra reconocido por la Ley<sup>1403</sup>.

Otro sector doctrinal<sup>1404</sup>, sostiene que de la ruptura de la promesa de matrimonio no surge una responsabilidad contractual, sino una responsabilidad aquiliana en los términos del ilícito en el sentido previsto por el artículo 2.043 del Código civil, conforme a la cual el promitente que ha dado a la otra parte la promesa de futuro matrimonio y, con posterioridad, sin causa justa se niega a la celebración del matrimonio genera un comportamiento culposo, cometiendo un acto ilícito.

Esta teoría que se ha encontrado con un obstáculo difícil de superar, debido a la imposibilidad de establecer un ilícito en el ejercicio de un poder concedido de forma expresa por la Ley, conforme al principio de la libertad

---

<sup>1402</sup> *Vid.*, *Ibidem.*

<sup>1403</sup> *Vid.*, TATARANO, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, p. 661 y, «La Promessa...», *op. cit.*, pp. 528-529.

<sup>1404</sup> En este sentido, JEMOLO dice que: «L'articolo 54 de Codice civile di 1865, non è che applicazione particolare dell'articolo 1.151 dal mesmo texto legale, del principio della colpa aquiliana. Chi tiene un contegno imprudente o sciocco o malvagio di vincolarsi con promessa di matrimonio, di far nascere nella persona con cui è stata scambiata la promessa la fiducia che il matrimonio seguirà, di mantenere tale fiducia fino a che essa faccia delle spese in vista del futuro matrimonio, e di recedere danno: qui l'obbligo del risarcimento» (*Il matrimonio...*, *op. cit.*, p. 48) y, *vid.*, FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, pp. 138 y ss.; CICU, *op. cit.*, p. 56; BIANCHI, *op. cit.*, p. 94.

matrimonial<sup>1405</sup>, aunque se ha tratado de salvar afirmando que no se configura como un hecho ilícito la mera negativa, sino la negativa injustificada, lo cierto es que si el ilícito se concretara en un comportamiento que vulnerase un deber jurídico, esto comportaría admitir la inexistencia de un deber jurídico –conforme a lo establecido por el artículo 79 del Código civil-, ya sea en presencia o no de causa justa<sup>1406</sup>.

Adicionalmente a las anteriores corrientes doctrinales<sup>1407</sup>, surge otra en torno a la desestimación de la alternativa establecida entre responsabilidad contractual y aquiliana. Ésta teoría tiene como finalidad reconducir la responsabilidad derivada de la ruptura de la promesa de matrimonio al ámbito de la responsabilidad precontractual del artículo 1.337<sup>1408</sup> del Código civil, es decir, al de una responsabilidad que se justifica en la vulneración de la buena fe.

Dos han sido los obstáculos a los que esta teoría se ha enfrentado, de una parte, que las negociaciones son resultado de una mutua aprobación, mientras que por el contrario, los esponsales son un resultado bilateralmente adquirido; de otra, que la equiparación de las negociaciones matrimoniales y las contractuales dirigidas a constituir una relación de naturaleza patrimonial contrastan directamente con la intención del legislador, además de ser contraria a la disciplina normativa de la promesa

---

<sup>1405</sup> Vid., CARICATO, «La promessa...», 2010, *op. cit.*, p. 185; DE CUPIS, Adriano: *Il danno, Teoria generale della responsabilità civile*, Vol. I, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1979, 3.<sup>a</sup> edizione riveduta e ampliata., p. 393; GANGI, *op. cit.*, p. 65; SHEPIS, *op. cit.*, p. 2284.

<sup>1406</sup> Vid., OBERTO, voce «La promessa di matrimonio...», *op. cit.*, p. 405 y, *La promessa di matrimonio...», op. cit.*, p. 203. Por el contrario, DE RUGGIERO, Roberto de e MAROI, Fulvio: *Istituzioni di diritto civile*, II, Milano-Messina, 1965, p. 5.

<sup>1407</sup> En este sentido, *vid.*, DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Vol. I. Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1979, 3.<sup>a</sup> edizione riveduta e ampliata, p. 205; NOVARA, *op. cit.*, pp. 32-48. Para una persuasiva crítica al respecto, *vid.*, las aportaciones de FINOCCHIARO, F, *Del matrimonio...», op. cit.*, p. 72; SANGERMANO, *op. cit.*, p. 792; TATARANO, «La Promessa...», *op. cit.*, p. 529; JEMOLO, *Il matrimonio...», op. cit.*, p. 65.

<sup>1408</sup> «-Las partes, en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse según la buena fe (1366,1375, 2208)» Trad.: «-Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede (1366,1375, 2208)».



de matrimonio, conforme a la cual la fase prematrimonial no tiene las limitaciones características de las negociaciones del contrato<sup>1409</sup>.

En síntesis, la perplejidad suscitada en torno a la reconstrucción en términos contractuales, precontractuales y aquilianos al amparo del artículo 2.043 del Código civil de la responsabilidad por daños derivados de la ruptura de la promesa de matrimonio, comporta el abandono de dichas teorías.

De lo dicho se sigue que, la doctrina contemporánea<sup>1410</sup> ha sido coincidente en que la obligación de resarcimiento derivada de la ruptura de la promesa de matrimonio ni encuentra su fundamento en un acto ilícito, ni en un incumplimiento del contrato, sino directamente en la Ley. De ahí que se pronuncie a favor de la responsabilidad *ex lege*, ya que su carácter singular es más convincente y fácil de argumentar.

En definitiva, en la actualidad, la teoría que prevalece es la que sostiene que se trata de una responsabilidad *ex lege*, fundada en una obligación resarcitoria no reconducible a la vulneración del acuerdo negocial o a la realización de un acto ilícito.

---

<sup>1409</sup> En este sentido, TRABUCCHI, dice que: «La differenza con l'ipotesis generale di responsabilità precontrattuale dell'articolo 1.337 è pertanto sicura. Nella promessa di matrimonio non si fa riferimento a un contegno da osservare nelle trattative per un futuro contrahere: qui l'impegno non è vincolante nel suo oggetto principale [...]» («Della promessa...», 1992, *op. cit.*, pp. 22-23). También en esta materia *vid.*, las aportaciones de OBERTO, voce «La promessa di matrimonio...», *op. cit.*, p. 405; SHEPIS, *op. cit.*, p. 2284; ENRIETTI, *op. cit.*, p. 672.

<sup>1410</sup> GANGI, dice que: «L'opinione, a nostro avviso, più accettabile è quella che considera l'obbligo di risarcimento come un obbligo extracontrattuale nascente però non già da un fatto illecito, ma dalla legge, la quale [...] pone a carico del promittente, nel caso in cui il recesso non sia determinato da un giusto motivo, l'obbligo di risarcire il danno all'altra parte» (*op. cit.*, p. 62) y, *vid.*, entre otros, LOI, voce «Promessa...», *op. cit.*, p. 88; BONILINI, Giovanni: *Nozioni di diritto di famiglia*, UTET Giuridica, Torino, 2002, p. 35; FERRARA-SANTAMARIA, *op. cit.*, p. 54; BARASSI, Lodovico: «Natura ed effetti della promessa di matrimonio», in *Nuovo dir.*, 1940, p. 282 y, *La famiglia legittima*, Milano, 1941, pp. 41 y ss.; SANTORO-PASSARELLI, «Lineamenti della promessa...», *op. cit.*, p. 391; MERZ, CARBONI, MARTORANA e SGUOTTI, *op. cit.*, p. 13; MAZZACANE, Elio: «Inadempimento alla promessa di matrimonio e legittimazione attiva all'azione di risarcimento», nota a Trib. Salerno, 3 settembre 1959, in *Temì nap.*, I, 1960, pp. 313 y ss.; BARBERO, Domenico: *Sistema istituzionale di diritto privato*, I, UTET Giuridica, Torino, 1950, p. 310.

En particular, la posibilidad de combinar la libertad de matrimonio con la responsabilidad de resarcir resulta compatible con la advertida existencia de actos de carácter lícito productivos de daños<sup>1411</sup> -categoría a la que se le ha tratado dar una categoría más general- que generan la necesidad de que éstos sean reparados y, tal necesidad se encuentra traducida por el legislador con la adopción de la fórmula de la indemnización<sup>1412</sup>. Asimismo, la inexistencia de la utilización del término responsabilidad por el legislador, ha comportado que la responsabilidad por daños derivada de la ruptura de matrimonio no se enfrente a una sanción, sino a una reparación reconocida fuera del supuesto ilícito<sup>1413</sup>.

Por lo que a la jurisprudencia se refiere, aunque dos han sido las direcciones sobre la cuestión de la naturaleza de la responsabilidad por daños derivada de la ruptura de la promesa de matrimonio, lo cierto es que, en la actualidad, de forma paulatina se ha ido consolidando la vertiente partidaria de excluir la naturaleza negocial de la figura, debido a que la promesa ni origina entre las partes vínculo alguno, ni produce la obligación legal de contraer el proyectado matrimonio, por tanto, el fundamento de la responsabilidad derivada en la ruptura de la promesa ahora se establece como una responsabilidad *ex lege*<sup>1414</sup>. Asimismo, la jurisprudencia también ha abandonado la tendencia que en el pasado y durante la vigencia del

---

<sup>1411</sup> En este sentido, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino (en *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, p. 283) entiende que la ruptura de la promesa de matrimonio es un acto lícito dañoso, por cuanto la Ley no vincula al promitente a contraer matrimonio, sino a indemnizar por razones equitativas, a la otra parte. En la misma línea, SANTORO-PASSARELLI, Francesco: voce «Atto giuridico», in *Enc. dir.*, IV, Roma, 1959, pp. 208 y 213; TUCCI, «La risarcibilità del danno...», *op. cit.*, pp. 235 y ss. Por el contrario, TATARANO, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, p. 664 y, «La Promessa...», *op. cit.*, p. 529.

<sup>1412</sup> *Vid.*, DI ROSA, *op. cit.*, p. 34.

<sup>1413</sup> *Vid.*, TRABUCCHI: «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 29.

<sup>1414</sup> En este sentido, *vid.*, las Sentencias del Trib. Trani, 27 novembre 1945, in *Dir. e giur.*, 1946, p. 155; Trib. Roma, 14 gennaio 1948, *op. cit.*, p. 141 y, de las App. Milano, 25 giugno 1954, in *Riv. dir. matr.*, 1954, p. 274; App. Roma, 18 ottobre 2006, in *Fam. Dir.*, 2007, III, p. 295. Por el contrario, son partidarias del fundamento contractual de la responsabilidad por daños, entre otras, las Sentencias de la Cass. civ., 5 dicembre 1928, n. 3606, in *Foro It.*, 1929, I, p. 409; App. Bologna, 2 giugno 1930, *op. cit.*, nn 30-33.

derogado Código civil de 1865 abogaba por la naturaleza de la responsabilidad por daños en términos contractuales.

## 5. EL DAÑO RESARCIBLE

### A. La entidad de la obligación resarcitoria

Por cuanto atañe a la obligación del resarcimiento del daño derivado por el incumplimiento de la promesa de matrimonio, conviene precisar que dos han sido los criterios objetivos o limitativos establecidos por el legislador italiano.

De una parte, una limitación de orden cualitativa, es decir, la existencia de un nexo de causalidad directa entre los «gastos realizados» u «obligaciones contraídas» a causa de la promesa de matrimonio y el matrimonio proyectado<sup>1415</sup>, debido a que se tratan de conceptos que no habrían tenido lugar de no mediar la promesa y, que como consecuencia de su incumplimiento constituyen un daño directo e inmediato<sup>1416</sup>; De otra, una limitación de orden cuantitativo -criterio de proporcionalidad- que será fundamental en la determinación del *quantum* del resarcimiento del daño, el cual deberá ser resarcido dentro de los límites en los que estos conceptos se correspondan con las condiciones de las partes<sup>1417</sup>. Estas condiciones, se circunscriben a la condición social, es decir, a la condición económica que manifiestan las partes<sup>1418</sup>.

De esta forma, el legislador determina los «gastos realizados» y «obligaciones contraídas» susceptibles de la obligación de resarcimiento de los daños originados por la ruptura de matrimonio y, limita el *quantum* del resarcimiento de éstos.

---

<sup>1415</sup> *Vid.*, la Sentencia de la App. Bologna, 28 marzo 1940, in *Rep. Fl.*, 1940, voce «Matrimonio», n. 36. Por el contrario, en el vigor del derogado Código civil de 1865, en la Sentencia del Trib. Torino, 1 luglio 1938, se distinguía entre gastos del compromiso de aquellos otros del matrimonio. (*vid.*, in *Giur. Tor.*, 1938, p. 1347).

<sup>1416</sup> *Vid.*, DE GIORGI, *op. cit.*, p. 760.

<sup>1417</sup> *Vid.*, BIANCA, PATTI e PATTI, *op. cit.*, p. 79

<sup>1418</sup> *Vid.*, DE GIORGI, *op. cit.*, pp. 760-761; DE CUPIS, *Il danno...*, *op. cit.*, p. 456; FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 170.

En suma, esta previsión comporta que el resarcimiento a que hace referencia el precepto, únicamente pueda ser impuesto en presencia de «gastos realizados» u «obligaciones contraídas» realizados de forma efectiva, debido a que en caso contrario, ningún resarcimiento podrá ser requerido al prometido que, de forma injustificada, se niegue a continuar con la promesa de matrimonio desde el momento en que el compromiso frustrado por la negativa ejecución de éste tiene como objeto, no tanto la celebración del matrimonio –acto que es indudablemente libre y voluntario y, por tanto, incoercible- como la preparación de la boda<sup>1419</sup>.

Asimismo, este criterio de causalidad, requiere la efectiva relación entre los «gastos realizados» u «obligaciones contraídas» y la promesa de matrimonio, conforme a la evidente inherencia que presentan éstos respecto de la promesa y del matrimonio proyectado.

De lo anterior, se justifica la afirmación que sostiene que, el ámbito resarcitorio se concreta a los «gastos realizados» por la otra parte y a las «obligaciones contraídas» por razón del matrimonio prometido, de modo que estos conceptos se deberán haber realizado en consideración a éste<sup>1420</sup> e, indudablemente, después de haber mediado la promesa de matrimonio y, con anterioridad, a la negativa de la otra parte o del conocimiento del hecho culposo de la parte que ha originado la negativa<sup>1421</sup>, ya que su justificación únicamente se encuentra en el matrimonio prometido<sup>1422</sup>.

De lo dicho se entiende por «gastos realizados» todos aquéllos que se encuentren en inmediata y directa relación con el matrimonio prometido y que efectivamente hayan sido realizados después –y no antes- de la promesa de matrimonio; por «obligaciones contraídas», otros gastos no incluidos en la partida anterior, pero necesarios para cumplir las prestaciones futuras a las

---

<sup>1419</sup> *Vid.*, CARICATO, «La promessa...», 2007, *op. cit.*, p. 102.

<sup>1420</sup> Cfr. artículo 81 del Código civil italiano de 1942.

<sup>1421</sup> *Vid.*, TRABUCCHI, Alberto: *Istituzioni di Diritto civile*, Cedam, Milano, 1993, 34.<sup>a</sup> edizione aggiornata con le riforme legislative e con la giurisprudenza, p. 254.

<sup>1422</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Pret. Acquaviva delle Fonti, 18 ottobre 1967, *op. cit.*, p. 1362.

que haya obligado el demandante, en función del matrimonio prometido. Así, por ejemplo, tendrán tal consideración, entre otros, los gastos realizados para comprar los muebles del futuro domicilio conyugal, los originados de la fiesta de compromiso y, los derivados del viaje, de la ceremonia o de objetos destinados a servir únicamente por ocasión del matrimonio, cuando no puedan ser utilizados para finalidades diferentes<sup>1423</sup>.

Por tanto, serán excluidos todos aquellos gastos realizados por alguno de los prometidos cuando evidentemente excedan de sus condiciones económico-sociales, lo que se justifica en que dichos conceptos no encuentran su causa en la promesa de matrimonio, ya que su realización ha sido realizada como resultado de excesos fruto de opciones personales de vanidad o de ambición desenfrenada<sup>1424</sup>.

Por cuanto se refiere a la aplicación del criterio de proporcionalidad, aunque es opinión unánime que los daños deben ser contenidos en los límites en que los «gastos realizados» u «obligaciones contraídas» se correspondan con las condiciones socio-económicas que ostenten las partes, lo cierto es que al Juez no se le confiere la potestad de poder determinar la entidad jurídica del daño conforme a la consideración comparativa de las condiciones económicas de éstas<sup>1425</sup>. Por tanto, la aplicación de este criterio se justifica en un intento de evitar que una liquidación en medida superior pueda originar una merma o deterioro en la libertad de los prometidos o,

---

<sup>1423</sup> *Vid.*, las Sentencias del Trib. Reggio Calabria, Sez. II, 12 agosto 2003, *op. cit.*, p. 282; Cass. civ., Sez. I, 31 luglio 1951, n. 2271, *op. cit.*, c. 15; Trib. Roma, 27 luglio 1963, *op. cit.*, p. 199; Cass. civ., 21 febbraio 1966, n. 539, in *Rep. FI.*, 1966, voce «Matrimonio», c. 1686, n. 44; App. Bologna, 28 marzo 1940, *op. cit.*, n. 36. Desde el punto de vista doctrinal, *vid.*, DE GIORGI, *op. cit.*, p. 760; DEGNI, *Del Matrimonio...*, *op. cit.*, p. 40 e, *Il diritto di famiglia...*, *op. cit.*, p. 41; SESTA, *op. cit.*, p. 45. También TATARANO, dice que la tendencia de la jurisprudencia a postular por un nexo exiológico entre la promesa de matrimonio y «gastos realizados» y «obligaciones contraídas» confirmaría la tendencia general a hacer del principio de la consecuencia directa e inmediata [artículo 2.043 en relación con el 1.123 del Código civil] una gestión de tipo equitativa («La Promessa...», *op. cit.*, p. 531). Es de la misma opinión, CAFERRA, Vito: *Il nesso di causalità nel fatto dannoso*, nel volume curato da Michele SPINELLI, *Responsabilità civile*, I, Bari, 1973, pp. 107 y ss.

<sup>1424</sup> *Vid.*, DE CUPIS, *Il danno...*, *op. cit.*, pp. 455-456; FORTINO, *op. cit.*, p. 94.

<sup>1425</sup> *Vid.*, CARICATO, «La promessa...», 2007, *op. cit.*, p. 103; BONILINI, *Nozioni di diritto...*, *op. cit.*, p. 30.

una coacción de carácter indirecto para contraer el matrimonio prometido<sup>1426</sup>.

Se añade otra cuestión, referida a que las condiciones de las partes se encuentren consideradas de forma conjunta y no de forma separada. Cuestión salvada -con acierto- por FINOCCHIARO, F<sup>1427</sup>, al sostener que ello es así, con la finalidad de que en caso de que los gastos efectuados -a causa de la disparidad de las condiciones económico-sociales de las partes- fuesen excesivos respecto a la condiciones del actor, la demanda de resarcimiento se mantuviese, cuando esté justificada por la posición del demandado. Así, como también lo justifica en la utilización por el legislador italiano de la expresión «[...] corrispondono alla condizione delle parti» que hace referencia a ambos conjuntamente y, no en la expresión «[...] alle condizioni di ciascuna della parte che tali spese ha effettuato e tali obbligazione ha assunto», con la que se haría referencia de forma separada a las condiciones que ostentasen cada uno de los prometidos. Aspecto último adoptado por el legislador alemán<sup>1428</sup> y, que con la pretensión de conseguir el mismo resultado, en lugar de referirse de forma conjunta a las condiciones de las partes, ha optado por utilizar una forma más objetiva al referirse a las circunstancias de las partes<sup>1429</sup>.

Por cuanto atañe a la determinación del *quantum* de los daños resarcibles y con la finalidad de evitar que se provoque un injustificado enriquecimiento<sup>1430</sup>, la jurisprudencia<sup>1431</sup> en aplicación del principio

---

<sup>1426</sup> Vid., DE GIORGI, *op. cit.*, p. 759; MERZ, CARBONI, MARTORANA e SQUOTTI, *op. cit.*, p. 15. Por su parte, JEMOLO, entiende que la norma tiende a evitar especulaciones y a no premiar la vanidad (*vid.*, *Il matrimonio...*, *op. cit.*, p. 49). Desde el punto de vista jurisprudencial, *vid.*, la Sentencia de la Cass. civ., Sez. I, 31 luglio 1951, n. 2271, *op. cit.*, c. 15.

<sup>1427</sup> «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 174.

<sup>1428</sup> Cfr., § 1.298. 2 del BGB.

<sup>1429</sup> En este sentido *vid.*, las aportaciones de OBERTO, por cuanto hace referencia a la decisión adoptada por la legislación alemana (*La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 239).

<sup>1430</sup> Es negado el recurso a la acción de injustificado enriquecimiento al esposo, reconociendo por el contrario el requisito de la subsidiariedad, por la Sentencia del Trib. Napoli, Sez. II, 27 gennaio 2005, *op. cit.*, p. 1828.

*compensatio lucri cum damno* ha optado por deducir de los daños el valor de aquella parte de los bienes comprados que no perteneciendo a la propiedad del prometido desilusionado –por el incumplimiento de la promesa de matrimonio- resultan todavía utilizables por éste último, evaluando a tal efecto la utilidad económica que aún es posible obtener de los mismos.

## B. La indemnización de los daños morales

En cuanto a la indemnización de los daños, el modelo italiano considera que tres son los daños a la persona.

a) El daño biológico, es decir, aquéllos que lesionan la estructura psíquico-física de la persona y que son susceptibles de prueba médico-legal y, por tanto, objeto del resarcimiento de los gastos de ellos originados;

b) el daño moral, entendido como las perturbaciones psíquicas emocionales no patológicas, dolor o sufrimiento y, también definido como daños no patrimoniales y,

c) el daño existencial, es decir, aquéllos otros que no siendo de forma estricta daños morales, originan consecuencias no patrimoniales.

---

<sup>1431</sup> *Vid.*, en este sentido, entre otras, las Sentencias de la Pret. Napoli, 17 novembre 1964, *op. cit.*, p. 46; Trib. Firenze, 8 marzo 1952, in *Rep. FI*, 1952, voce «Matrimonio», c. 1481, nn. 43-45; Trib. Roma, 26 luglio 1961, in *Arch. Resp. Civ.*, 1963, p. 739; Trib. Reggio Calabria, Sez. II, 12 agosto 2003, *op. cit.*, p. 282; App. Torino, 31 marzo 1942, ha afirmado que la parte perjudicada puede solicitar el resarcimiento integro ofreciendo el depósito del objeto. No se puede imponer al incumplidor, pero de recibir el bien, en caso de rechazo el resarcimiento quedará reducido (*op. cit.*, nn. 27-28). Para ulteriores aportaciones jurisprudenciales, en este sentido, *vid.*, DE GIORGI, *op. cit.*, p. 761; AUTORINO STANZIONE, *op. cit.*, p. 471; FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 173; SANTOSUOSSO, «Il matrimonio e il regime patrimoniale...», *op. cit.*, p. 46; DEGNI, *Del Matrimonio...», op. cit.*, p. 73; LOI, voce «Promessa...», *op. cit.*, p. 93; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...», op. cit.*, p. 239 y, voce «La promessa di matrimonio...», *op. cit.*, pp. 409-410; FEOLA, *op. cit.*, p. 94; BONILINI, *Nozioni di diritto...», op. cit.*, p. 30; RIMINI, Carlo e VIGANÒ, Giulia: *Diritto di Famigli. Repertorio sistematico di giurisprudenza*, Cedam, 2009, 2.<sup>a</sup> ed., p. 5.

De lo dicho se sigue que la doctrina mayoritaria<sup>1432</sup> es unánime en que del tenor literal del artículo 81 del Código civil, resulta evidente que la acción que de él se deriva no incluye la indemnización de los daños morales ni de los derivados del trauma psíquico de la ruptura, ni los daños a la salud o de la reputación que se pudieran derivar de la ruptura de la promesa de matrimonio para el promitente que sigue dispuesto a contraer el matrimonio prometido. Si bien, los términos «gastos realizados» y «obligaciones contraídas», contenidas en el precepto resultan terminantes al respecto<sup>1433</sup>.

Sin embargo, algunas decisiones jurisprudenciales, han incluido entre los daños resarcibles aquéllos que son causados a la salud o a la reputación. Sentencias que, indudablemente, eluden lo establecido por el artículo 81 del Código civil. En particular, la *Sentencia de la Corte de Cassazione, de 26 de noviembre de 1926* afirmó que eran resarcibles los daños originados a la reputación, en cuanto que en el ámbito matrimonial las cualidades subjetivas tienen un extremado valor, debido a que su conocimiento refleja una opinión que determina un testimonio público de estima y respeto, al que responde el concepto del honor<sup>1434</sup>.

Por su parte, la *Sentencia de la App. Torino, de 22 de marzo de 1949*, ha considerado resarcibles los gastos originados por la compra de medicinas

---

<sup>1432</sup> *Vid.*, entre otros, SESTA, *op. cit.*, p. 45; DE GIORGI, *op. cit.*, p. 761; TATARANO, «La Promessa...», *op. cit.*, p. 531; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 241; UCCELLA, voce «Matrimonio»..., *op. cit.*, p. 13; TRABUCCHI, «Della promessa di...», 1992, *op. cit.*, p. 32.

<sup>1433</sup> En este sentido, *vid.*, la Sentencia del Trib. Roma, 27 luglio 1963, *op. cit.*, p. 199.

<sup>1434</sup> Los términos concretos en que se presenta la citada sentencia, son: «Nel campo matrimoniale le qualità soggettive hanno valore in quanto dalla loro conoscenza, riflessa nell'opinione della universalità dei consociati, si determina quella pubblica testimonianza di stima e di rispetto, cui risponde il concetto di onore: epperò ogni ombra che equivocamente si proietta sulla riputazione, influisce più o meno seriamente sulla possibilità di matrimonio, e giustifica quindi la domanda di risarcimento del danno verso chi la provoca» (Chiocchetti-Donci, in *Foro nove prov.*, 1927, p. 340).



necesarias a causa de los daños originados a la salud provocados por el malestar subsiguiente al abandono<sup>1435</sup>.

Con todo y aunque la ruptura de la promesa de matrimonio puede suscitar en el prometido abandonado cierto sufrimiento o dolor, lo cierto es que considerar este sufrimiento resarcible podría de forma indirecta hacer vinculante la promesa, lo que es contrario a lo establecido por la Ley, la cual ha limitado de forma expresa la cantidad del resarcimiento de los daños.

De lo dicho y prescindiendo de las consideraciones antes mencionadas, los daños que se podrían originar de la ruptura de la promesa de matrimonio se deberán solventar conforme a lo establecido por el artículo 2.059 del Código civil. Precepto que establece que el daño no patrimonial debe ser resarcido únicamente en los casos determinados por la Ley, limitando la hipótesis a que el hecho origine un daño que constituya delito<sup>1436</sup>. De modo que se pone en relación el artículo 2.059 del Código civil con el artículo 185<sup>1437</sup> Código penal italiano, consiguiendo una solución a la restitución de los daños morales derivados que tendrá lugar cuando en el supuesto de la ruptura de matrimonio se acompañe de un delito penalmente relevante<sup>1438</sup>.

---

<sup>1435</sup> *Vid.*, la Sentencia de la App. Torino, 22 marzo 1949, Caula-Balladore, in *Monit. Trib.*, 1949, p. 168, con nota di CIALENTE, «Rottura di sponsali». Por el contrario, la sentencia de la App. Milano, 25 giugno 1954, excluye que pueda constituir fundamento de responsabilidad la repercusión que la ruptura del compromiso pudiera tener en el otro contrayente (Tronconi-Lucini, in *Riv. dir. matr.*, 1954, p. 274).

<sup>1436</sup> En este sentido, *vid.*, TUCCI, Giuseppe: *Il danno ingiusto*, editore Jovene Napoli, 1970, p. 181.

<sup>1437</sup> «-Cada delito obliga a reembolsos, de conformidad con el derecho civil. -Cada delito, que haya causado un daño patrimonial o no patrimonial, obliga al pago al culpable y a las personas que, con arreglo a las leyes civiles deben responder por el hecho de él (c.c.2043-2054)» Trad.: «-Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili. -Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili debbono rispondere per il fatto di lui (c.c.2043-2054)».

<sup>1438</sup> *Vid.*, DE GIORGI, *op. cit.*, p. 761; TATARANO, «La Promessa...», *op. cit.*, p. 531; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 241; UCCELLA, voce «Matrimonio»..., *op. cit.*, p. 13; BONILINI, *Nozioni di diritto...*, *op. cit.*, p. 30.

En este sentido, la *Sentencia de la Corte de Cassazione, de 31 de julio de 1951*, ha reformado la decisión de la *Sentencia de la App. Torino, de 22 de marzo de 1949*, con una Sentencia que ha liquidado una suma concerniente únicamente a los gastos realizados y a las obligaciones asumidas a causa de la promesa de matrimonio, excluyendo cualquier otro tipo de resarcimiento<sup>1439</sup>.

En similar sentido se han pronunciado las *Sentencias del Tribunal Roma, de 27 de julio 1963*, excluyendo la indemnización de los daños a la salud derivados de un trauma psíquico<sup>1440</sup> y, de la *Corte de Milano, de 25 de junio de 1954*, que excluye que la repercusión de la ruptura del compromiso pueda originar daños en la salud de la otra parte y que éstos puedan constituir fundamento de responsabilidad<sup>1441</sup>.

Sin embargo, con ello se daba solución únicamente a los daños morales ocasionados como consecuencia de un delito, excluyendo el resto de daños a la salud de la persona de carácter no patrimonial, debido a la restrictiva disposición contenida en el artículo 2.059 del Código civil.

Por tanto, se restringe el resarcimiento del daño no patrimonial a las hipótesis de delito, debido a que en la tipificación de los casos en que se podía verificar tal tipo de daño no se encontraba el ilícito civil y, en consecuencia, esto da origen a la búsqueda de una fórmula que permita la

---

<sup>1439</sup> *Op. cit.*, c. 15.

<sup>1440</sup> Los términos de la citada sentencia, son: «È vero che in giurisprudenza è stato sostenuto che il danno cagionato alla salute sia risarcibile, ma la affermazione contrasta col contenuto dell'articolo 81 dal Codice civile italiano, tenuto conto delle finalità della limitazione, cioè della esigenza di evitare che l'obbligazione di risarcimento del danno possa influire sulla determinazione di volontà del promittente e costituire quindi un mezzo di coazione indiretta. Si deve escludere qualsiasi forma di interpretazione che allarghi il disposto della legge» (*op. cit.*, p. 7). En el mismo sentido, *vid.*, también, la Sentencia del Trib. Milano, 29 marzo 1963, in *Riv. dir. matr.*, 1963, p. 527. Desde el punto de vista doctrinal, TRABUCCHI, sostiene la no resarcibilidad de tales daños, apoyándose en que los concibe como una consecuencia de la violación de la promesa y no como un efecto directo de ésta (*vid.*, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 10).

<sup>1441</sup> *Op. cit.*, p. 274.

reparación del daño no patrimonial en los supuestos en que este daño no se produzca como resultado de un delito.

En este sentido, y sin ánimo de hacer sino más que un breve apunte, conviene precisar que los Derechos a la salud, surgen en el Derecho italiano en la década de los años 60. Se inicia la pretensión de establecer una relación entre el artículo 2.043 conforme al cual quien comete un daño injusto -por dolo o culpa- está obligado a repararlo con el artículo 2.059 del Código civil. Punto en el que tanto jurisprudencia, como doctrina postulaban que la lesión atendida a intereses patrimoniales daba lugar al resarcimiento del daño patrimonial al amparo del artículo 2.043, mientras que el artículo 2.059 se relacionaba con la lesión a intereses de carácter no patrimonial.

Con posterioridad, la jurisprudencia dominante con la finalidad de resolver dicha cuestión utilizó, entre otras prácticas, la denominada «ficción jurisprudencial». Esta práctica que admitía la necesidad de resarcir el daño a la salud y, que le atribuyó una calificación distinta a la que le era propia, suscitó el temor de que con tal reconocimiento se incurriese en el radio de acción del artículo 2.059 o, directamente que estos daños no fuesen objeto de resarcimiento<sup>1442</sup>.

Dos fueron las alternativas operadas, con la finalidad de superar las limitaciones previstas por el artículo 2.059 del Código civil. Son, de una parte, la consideración del daño provocado a la integridad psicofísica como lesión a un bien de carácter patrimonial –indemnizable sin limitaciones por el artículo 2.043- y, de otra, su afirmación como daño de carácter no patrimonial.

Será con posterioridad, cuando se redescubra el Derecho a la salud, debido a dos aportes jurisprudenciales: De una parte, el constituido por el «daño biológico» de la jurisprudencia genovesa; De otra, el formado por el «daño a la salud» de la jurisprudencia pisana, así como también influyó la

---

<sup>1442</sup> *Vid.*, las aportaciones en esta materia de KOTEICH, Milagros: «El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento. Italia y Colombia visicitudes de dos experiencias», in *RDPriv.*, n. 10, 2006, pp. 166 y ss.

denuncia de inconstitucionalidad del artículo 2.059 del Código civil, debido al contraste que presentaba esta norma, tanto con el artículo 2.043 del Código civil como con el artículo 32 de la Constitución italiana, que tutela la salud.

Esta denuncia que tuvo lugar en 1979<sup>1443</sup> originó la intervención en la problemática por la Corte Constitucional. Esto supuso, de una parte, que se acabara con la aparente imposibilidad legal de resarcir las consecuencias económicas derivadas del daño a la integridad psicofísica de la persona cuyo origen no hubiese sido un delito<sup>1444</sup>; De otra, que sostuviese que el Derecho a la salud –al constituir una situación subjetiva constitucionalmente garantizada- no admitía en caso de lesión limitaciones a su resarcibilidad, debido a la interpretación sistemática existente entre la normativa civil y la constitucional, debido a que la Constitución italiana tutela la salud como derecho fundamental del individuo en su artículo 32 y, por tanto, no pueden existir las limitaciones previstas por el artículo 2.059 del Código civil<sup>1445</sup>.

De lo anterior cabe la afirmación que sostiene que se superan los límites del artículo 2.059 del Código civil y, se eleva el daño biológico como daño resarcible aunque no exista delito<sup>1446</sup>.

De lo dicho se sigue, que dos fueron las Sentencias en las que se inició un definitivo cambio jurisprudencial consagrado por la Corte Constitucional.

---

<sup>1443</sup> Sentencias 87 y 88 de 1979. La Corte sostiene que dicho precepto no había sido correctamente interpretado, debido a que la restricción de irresarcibilidad que él contiene únicamente está referida al daño moral en sentido estricto y no a las demás hipótesis de daño, cuya indemnización queda comprendida en el artículo 2.043 del Código civil.

<sup>1444</sup> *Vid.*, KOTEICH, *op. cit.*, p. 169.

<sup>1445</sup> Sobre la evolución del daño a la salud en el jurisprudencia constitucional, *vid.*, GIUSTI, Attilio: «Il danno alla salute nella giurisprudenza costituzionale», en AA.VV, *La valutazione del danno alla salute. Profili giuridici, medico-legali ed assicurativi*, al cuidado de Marino BARGAGNA e Francesco Donato BUSNELLI, Cedam, 2001, pp. 189 y ss.

<sup>1446</sup> En este sentido, BIANCA, Massimo (en *Diritto civile. V. La responsabilità*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1994, p. 181) entiende que acumular el daño biológico al daño moral en sentido estricto compondría duplicar la indemnización, por lo que el daño biológico se debe entender como aquella agresión contra la persona que afectaría a su realidad psicofísica.

Cambio que consideró resarcible el daño a la salud y, recondujo su indemnización al artículo 2.043 del Código civil. Son, de una parte la *Sentencia n. 184, de 14 de julio de 1986*, conforme a la cual el daño a la salud es la principal categoría dentro del daño a la persona. Se consagra el concepto de daño biológico, como el daño originado por lesiones a la integridad psicofísica del sujeto. Un daño a la salud que, como Derecho constitucional reconocido a todas las personas<sup>1447</sup>, debe ser resarcido en idénticos términos y, en cuanto a la cuantía de la indemnización es reconducible al artículo 2.043 del Código civil y, de otra, en la *Sentencia n.372/1994*, se consideró que este daño de naturaleza no patrimonial se resarce al amparo del artículo 2.043 del Código civil, de acuerdo con el recurso de la *analogía iuris*, conforme al cual: así como los daños patrimoniales, también el daño a la salud permite de una valoración objetiva.

Por cuanto atañe a la orientación italiana en materia de daño biológico, conviene precisar que la jurisprudencia más reciente se encuentra en las *Sentencias de la Cass., civ., 31 mayo 2003, n. 8827 y n. 8828* y, en la *Sentencia de la Cass., civ., n. 15022 de 15 de julio de 2005*.

En las dos primeras Sentencias se hace una interpretación constitucionalmente orientada al artículo 2.059 del Código civil, al establecer que la norma comprende todo daño de naturaleza no patrimonial derivado de la lesión a valores inherentes a la persona, es decir, el daño moral subjetivo, entendido como perturbación pasajera del estado de ánimo de la víctima; el daño biológico o a la salud, entendido como lesión de interés -constitucionalmente protegido- a la integridad física y psíquica de la persona medicamente constatable -artículo 32 Constitución- y, finalmente, el daño existencial derivado de la lesión a otros intereses de rango constitucional inherentes a la persona<sup>1448</sup>.

---

<sup>1447</sup> Cfr. artículo 32 Constitución italiana.

<sup>1448</sup> in *Foro It.*, 2003, I, c. 2272.

En síntesis, estas Sentencias redefinen los presupuestos y contenidos del resarcimiento del daño no patrimonial. Por cuanto a los presupuestos, afirman que el daño no patrimonial es resarcible no solo en los casos expresamente previstos en la Ley, sino también en los supuestos en que el ilícito haya lesionado un interés de la persona que tenga relevancia constitucional -no susceptible de valoración económica-, aunque ninguna Ley positiva lo reconozca de forma expresa<sup>1449</sup>. Asimismo, determinan que el daño no patrimonial -como categoría unitaria- se distingue en los siguientes tipos: biológico, moral y existencial<sup>1450</sup>.

Por su parte, la *Sentencia n. 15022 de la Corte de Cassazione, de 15 de julio de 2005*, insiste sobre varios aspectos de las Sentencias antes mencionadas al establecer que: el daño biológico se resarce de acuerdo con el artículo 2.059 del texto legal; se refuerza la bipolaridad prevista en el Código, debido a que los daños extrapatrimoniales se resarcen conforme a lo establecido por el artículo 2.059 y los patrimoniales conforme al artículo 2.043 del Código civil. Asimismo, añade que los valores inherentes a la persona son tutelables directamente por el Derecho privado, el cual en caso de lesión les debe ofrecer esa tutela mínima representada por el resarcimiento y, finalmente dice que la norma contenida en el artículo 2.059 del Código civil acoge una nueva tipicidad de los supuestos en los que se puede reconocer el daño extrapatrimonial, es decir, frente al daño moral subjetivo, el daño biológico y, los resultantes de la lesión a valores de la persona constitucionalmente protegidos<sup>1451</sup>.

---

<sup>1449</sup> Por el término Ley se refiere comprendida a la Constitución italiana.

<sup>1450</sup> *Vid.*, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *El daño existencial, como daño a la persona, en la casación italiana a fines del año 2008*, 2008, p. 4.

<sup>1451</sup> Dice el literal de dicha sentencia que «La norma general y primaria contenida en el artículo 2.043, referida al resarcimiento del daño patrimonial, habla solo de daño injusto, lo que comporta una atipicidad del ilícito, que no se puede predicar también para el daño extrapatrimonial. Entonces el artículo 2.059 contiene una tipicidad del daño extrapatrimonial, en cuanto se ha sostenido que el mismo es resarcible solo en los casos expresamente previstos por la Ley ordinaria y en los casos de lesiones de valores específicos de la persona que se encuentran constitucionalmente protegidos».

En cuanto a los daños existenciales, la mejor doctrina<sup>1452</sup> los ha calificado de daños *sui generis* y, aunque su naturaleza no es precisamente ni patrimonial, ni extrapatrimonial, lo cierto es que se ha identificado con un daño de carácter extrapatrimonial que se indemnizaría al amparo del artículo 2.043 del Código civil, de modo que se trataría de un daño extrapatrimonial que se patrimonializa<sup>1453</sup>.

Como ya se ha dicho, en la *Sentencia n. 15022 de la Corte de Cassazione, de 15 de julio de 2005*<sup>1454</sup>, todos los daños extrapatrimoniales reconocidos por el ordenamiento italiano deben ser resarcidos al amparo del artículo 2.059 del Código civil, pero conservando su tradicional tipicidad, en el sentido de que a diferencia del artículo 2.043, los supuestos en que el daño extrapatrimonial pueden ser resarcidos se encuentran señalados por la Ley y por la interpretación constitucional de la norma, conforme a la que solo se debe brindar tutela resarcitoria a los daños provocados por la violación de valores inherentes a la persona que se encuentren constitucionalmente protegidos<sup>1455</sup>.

Por su parte, el reciente pronunciamiento de *la Sentencia n. 26972 de la Corte de Cassazione, Sez. Unite, de 11 de noviembre de 2008*, ha cambiando completamente los principios enunciados por las Sentencias *de 31 de mayo de 2003, n. 8827 y n. 8828*, al sostener que dentro del artículo 2.059 del Código civil no se puede hacer referencia a una subcategoría genérica denominada daño existencial –cuyos confines son inciertos e indefinidos<sup>1456</sup>–, debido a que esto originaría que el daño extrapatrimonial también terminara en la atipicidad, por tanto, niega la existencia de un

---

<sup>1452</sup> Vid., KOTEICH, *op. cit.*, p. 180.

<sup>1453</sup> Vid., BUSNELLI, Francesco: *Il danno biologico. Dal diritto vivente al diritto vigente*, Torino, 2001, p. 254

<sup>1454</sup> Niega radicalmente la existencia del daño existencial en si mismo considerado o como una autónoma categoría de daños resarcibles. También, *vid.*, la Sentencia de la Cass. civ., 9 noviembre 2006, n. 23918, in *Foro it.*, 2007, II, c. 227.

<sup>1455</sup> in *Foro It.*, 2006, I, c. 1344.

<sup>1456</sup> Vid., KOTEICH, *op. cit.*, p. 181. En jurisprudencia, *vid.*, la Sentencia de la Cass. civ., 15 julio 2005, n. 15022, *op. cit.*, c. 1344.

tercer tipo de daños, al decir que el daño a la persona es bipolar, reduciendo los daños a dos ámbitos, de una parte, el patrimonial y, de otra, el no patrimonial<sup>1457</sup>.

En síntesis, el daño existencial conforme a esta Sentencia no resulta admisible ni de la disposición del legislador, ni de la interpretación constitucional del artículo 2.059 del Código civil –inadmisibilidad prevista en la *Sentencia n. 15022 de la Corte de Cassazione de 15 de julio de 2005*-. El resarcimiento del daño extrapatrimonial, fuera de las hipótesis previstas por el 158 del Código penal italiano y, entre otros supuestos menores previstos por la Ley, atiene solo a la hipótesis específica de valores constitucionales que son inviolables -la salud, la familia, la reputación- y, en consecuencia, este tipo de daño no encuentra acogida en este contexto.

En definitiva, la ruptura de la promesa de matrimonio no origina responsabilidad por los daños morales originados, debido a que el legislador italiano -al igual que el español- ha previsto, de forma expresa, las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de la promesa y las ha circunscrito al reembolso de los «gastos realizados» u «obligaciones contraídas» en consideración al matrimonio prometido, de modo que aquéllos otros daños quedan fuera del ámbito del artículo 81 del Código civil. Estos daños podrán ser reparados al amparo del artículo 2.059, cuando se trate de un supuesto de incumplimiento de promesa matrimonial acompañada de un delito penalmente relevante. Asimismo, la reciente Sentencia de 2008, establece la imposibilidad de la existencia de un tercer tipo de daños, distinto de los patrimoniales y no patrimoniales, relegando los daños existenciales a una forma de responsabilidad que se solventaría al amparo del artículo 2.043 del Código civil conectado con el artículo 32 de la Constitución que tutela el Derecho a la salud y, por tanto ya no tendrían cabida dentro del artículo 2.059.

---

<sup>1457</sup> *Vid.*, en esta materia las aportaciones de RIODA, Marika: «Il danno esistenziale», in *Studium Iuris*, coordinatore e direttore Alessio ZACARIA, CEDAM, 2010, pp. 343 y ss.



## 6. LA ACCIÓN DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO

### A. La Legitimación de la acción

Por cuanto atañe a la legitimación pasiva del resarcimiento del daño, conviene precisar que ésta compete, alternativamente, al prometido que se niega sin justa causa o, a aquel otro que con su propia culpa ha dado justa causa a la negativa de la contraparte a celebrar el matrimonio<sup>1458</sup>. En cuanto a la legitimación activa, corresponderá *«all'altra parte»*, es decir, al promitente que no hubiera roto la promesa o, dicho de otra manera, al futuro promitente víctima del incumplimiento o, al que la otra parte le niega el matrimonio sin justa causa. Precepto que presenta en este ámbito un perfecto paralelismo con el artículo 43 del Código civil español.

Una de las cuestiones más debatidas sobre la legitimación activa ha sido la referida al alcance de ésta. Esta se concreta en determinar si la legitimación, de conformida a la imprecisa redacción del precepto, alcanza únicamente al prometido abandonado o si también se puede ampliar a aquellas otras personas distintas de los prometidos que hubiesen efectuado gastos o contraído obligaciones a causa de la promesa de matrimonio. Esta cuestión presenta un considerable interés debido a que, frecuentemente, gran parte de los gastos más que por los prometidos, son afrontados por sus parientes más cercanos, en concreto, por sus progenitores.

En este sentido, la expresión *«all'altra parte»* podría estar referida únicamente al destinatario de la promesa o, en sentido amplio, comprender a quien hubiese realizado gastos o asumido obligaciones en consideración al matrimonio proyectado. Lo cierto es que el precepto no prohíbe de forma expresa el ejercicio de la acción por persona distinta del promitente, de modo que si el derecho a obtener protección, es un Derecho fundamental, lógico sería extender esta legitimación activa a estas personas, debido a que conforme a la realidad social, lo normal es que dichos gastos sean efectuados por éstos.

---

<sup>1458</sup> *Vid.*, FORTINO, *op. cit.*, p. 97.

En este punto, la jurisprudencia está dividida. En particular, un sector jurisprudencial<sup>1459</sup> orientado en sentido restrictivo, niega la legitimación activa respecto de sujetos distintos de los prometidos, debido al carácter especial de la acción otorgada por la Ley, que limita la titularidad del derecho al resarcimiento del daño únicamente a favor de la parte injustamente rechazada o, al que se niega por culpa del otro, pero no a los progenitores de uno u otro.

Por el contrario, otra dirección jurisprudencial<sup>1460</sup>, entiende que la norma constituye una particular hipótesis de responsabilidad *ex lege* que surge de la existencia de un negocio o, de un acto ilícito civil, por lo que extiende la legitimación activa para el resarcimiento de los daños a todos aquéllos que se encuentran efectivamente dañados por la conducta injustificada del prometido que se hubiese negado a cumplir la promesa de matrimonio, es decir, tanto al prometido inocente –debido a que conforme al principio *«dell'id quod plerumpue accidit»* había soportado los gastos

---

<sup>1459</sup> En este sentido, la Sentencia de la Pret. Milano, 2 dicembre 1999, in *Giur. Milan.*, 2000, dice que: «Legittimato alla posizione ell'azione risarcitoria di cui all'articolo 81 dal Codice civile italiano è qualunque soggetto che, spontaneamente ed in considerazione di particolari legami famigliari o affettivi, effettui delle spese in considerazione del futuro matrimonio, ma solamente il soggetto che, in queanto destinatario della promessa, effettui degli esborsi economici facendo affidamento sull'impegno reciprocamente assunto». Por su parte, Trib. Milano, sent. 21 dicembre 1950, aún cuestionando la naturaleza contractual de la figura, todavía afirma que la naturaleza de la responsabilidad no tiene influencia alguna sobre la cuestión en examen, porque también entendiendo que la promesa de matrimonio no tiene naturaleza contractual, el prometido que se niega no podrá de ninguna forma ser obligado a resarcir los daños a un sujeto distinto del otro promitente por cuanto «[...] i limiti di rigorosa determinazione soggettiva e oggettiva entro cui la speciale azione è ammessa e regolata consentino di attribuire la titolarità del diritto di risarcimento al solo promittente ricasato [...]» (in *Foro It.*, 1951, I, c. 840) y, *vid.*, las Sentencias de la App. Bologna, 2 giugno 1930, *op. cit.*, nn. 30-33; Pret. Mazzarino, 11 maggio 1940, *ivi*, 1940, voce «Matrimonio», nn. 42-43; App. Trani, 29 dicembre 1879, in *Rep. Fl.*, voce «Matrimonio», n. 6.

<sup>1460</sup> En esta dirección, la Sentencia del Trib. Salerno, 3 settembre 1959, sostiene que: «Trattandosi di responsabilità ex lege, sono legittimati attivi all'azioni di risarcimento dei danni, nei limiti segnati dall'articolo 81 dal Codice civile, coloro che effettivamente sono stati danneggiati dalla condotta ingiustificata del promittente che è venuto meno alla promessa e quindi anche i genitori e i prossimi parenti del fidanzato ricasato» (*op. cit.*, p. 312). En el mismo sentido, *vid.*, las Sentencias del Trib. Trani, 27 novembre 1945, *op. cit.*, p. 155; Trib. Salerno, 3 settembre 1959, in *Temi nap.*, 1960, I, p. 312; y, Trib. Roma, 27 luglio 1963, *op. cit.*, p. 199.

conectados con el frustrado matrimonio- como a los progenitores y demás parientes próximos de éste.

Finalmente, alguna Sentencia, ha admitido la propuesta de dicha acción por parte de los progenitores del prometido, previendo la existencia de una obligación del hijo hacia el progenitor que hubiese efectuado los gastos<sup>1461</sup>.

Por su parte, la doctrina ha vinculado la solución de la cuestión al problema de la naturaleza que ostenta la responsabilidad. En este sentido, se desprende la existencia de dos posiciones doctrinales. De una parte, la de aquéllos<sup>1462</sup> que sostienen que una reconstrucción del caso en términos de responsabilidad contractual debería inevitablemente conducir a la negativa de la legitimación de terceros y, de otra, por el contrario, la de aquéllos otros<sup>1463</sup> que entienden que su encuadramiento en el ámbito extracontractual comportaría el reconocimiento de la legitimación en favor de quien efectivamente hubiese sostenido los gastos o asumido las obligaciones siempre de forma equitativa y cuando estuviesen vinculados directamente con la promesa de matrimonio. Encuadramiento último en el que se mueve tanto la Legislación portuguesa<sup>1464</sup>, como la alemana<sup>1465</sup>,

---

<sup>1461</sup> *Vid.*, la Sentencia de la App. Torino, 31 marzo 1942, *op. cit.*, nn. 27-28.

<sup>1462</sup> Así, NOVARA considera la acción como contractual en sentido especial y como consecuencia establece que en ningún caso ésta corresponde a los progenitores, aunque de forma efectiva hubiesen realizado desembolsos económicos para el matrimonio de los hijos (*vid.*, *op. cit.*, p. 91). En el mismo sentido, se pronuncia RAVÀ para quien el derecho de resarcimiento de los gastos concierne únicamente a los futuros esposos, porque el ejercicio de la acción implica un juicio de oportunidad que la Ley les reserva (*vid.*, *op. cit.*, p. 294). Por su parte, FEOLA, sostiene que la legitimación activa de la acción de resarcimiento corresponde siempre al prometido desilusionado (*vid.*, *op. cit.*, p. 92). También, *vid.*, JEMOLO, *Il matrimonio...*, *op. cit.*, p. 62; TEDESCHI, *La promessa di...*, *op. cit.*, p. 42; LOI, voce «Promessa...», *op. cit.*, p. 92.

<sup>1463</sup> De esta opinión, entre otros, *vid.*, TATARANO, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, p. 676 y, «La Promessa di...», *op. cit.*, p. 532; DE GIORGI, *op. cit.*, pp. 763 y ss.; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 242; voce «La promessa di matrimonio...», *op. cit.*, p. 410 y, «La promessa di...», *op. cit.*, pp. 192-193; FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 177; UCCELLA, voce «Matrimonio»..., *op. cit.*, p. 11.

<sup>1464</sup> Cfr., artículo 1.594 del Código civil portugués de 1966.

<sup>1465</sup> Cfr., & 1.298. 1 del BGB.

legislaciones ambas en las que se hace alusión a los padres y a quienes actuen en nombre o lugar de los mismos.

Por lo que al caso italiano se refiere, ésta antinomia existente entre responsabilidad contractual y extracontractual ha sido invocada únicamente con la finalidad de resolver el problema de la legitimación activa en orden a situaciones dudosas, de ahí que, en la actualidad, numerosos han sido los intentos realizados, con la finalidad de salir de dicha óptica.

En particular, se ha hipotizado por la doctrina<sup>1466</sup> minoritaria una posible legitimación a favor de los terceros por vía subrogatoria, cuando de forma efectiva hubiesen realizado gastos o asumido obligaciones a causa de la promesa de matrimonio, en la medida, de que esta forma de protección cumpla las condiciones previstas por el artículo 2.900<sup>1467</sup> del Código civil. Precepto que al prescindir del carácter de la acción del artículo 81, parece impedir que el progenitor pueda asumir la posición del acreedor hacía el prometido decepcionado, circunstancia que parece ser negada por el artículo 742<sup>1468</sup> del Código civil <sup>1469</sup>.

---

<sup>1466</sup> *Vid.*, TATARANO, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, p. 676; por contra, BONILINI, afirma el carácter personal de la acción del artículo 81 del Código civil, con la consiguiente exclusión de la acción subrogatoria (*Manuale di Diritto...*, *op. cit.*, p. 30).

<sup>1467</sup> «-El acreedor, para asegurarse de que son respetadas o preservadas sus razones (2740), puede ejercitar los derechos y las acciones que pertenecen al propio deudor y que éste descuida de ejercitar, siempre que los derechos y las acciones tengan contenido patrimonial y no se traten de derechos o de acciones que, por su propia naturaleza o por disposiciones de Ley, no puedan ser ejercitadas si no es por el titular. -El acreedor, si actúa judicialmente, debe mencionar también al deudor al cual quiere subrogarse (Cod. Proc. Civ. 102, 163)» Trad.: «-Il creditore, per assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni (2740), può esercitare i diritti e le azioni che spettano verso i terzi al proprio debitore e che questi trascura di esercitare, purché i diritti e le azioni abbiano contenuto patrimoniale e non si tratti di diritti o di azioni che, per loro natura o per disposizione di legge, non possono essere esercitati se non dal loro titolare (187, 324, 447, 470, 524, 557, 713, 802, 974, 1015, 1113, 1416, 2789, 2939). -Il creditore, qualora agisca giudizialmente, deve citare anche il debitore al quale intende surrogarsi (Cod. Proc. Civ. 102, 163)».

<sup>1468</sup> «-No están sujetos a colación los gastos de mantenimiento y de educación y aquéllos realizados por enfermedad, ni aquellos ordinarios realizados para la ropa ordinaria o la boda. -Los gastos para el ajuar de la boda y aquellos para la educación artística o profesional están sujetos a colación sólo para lo sobrepasan considerablemente la medida ordinaria, teniendo en cuenta las condiciones económicas del fallecido (809). -No están

Por su parte, otros autores<sup>1470</sup>, con la finalidad de superar tal objeción entienden que, efectivamente, la legitimación y la responsabilidad para actuar corresponde únicamente a los promitentes legitimados para actuar, aunque éstos podrían solicitar el reembolso de los gastos efectuados por sus progenitores, en aquellos supuestos en los que fuera posible demostrar que dichos gastos habían sido previamente donados a los hijos. Esta situación induce a entrever la presencia de un tipo de donaciones indirectas, lo que excluye los gastos originados en el patrimonio del promitente y, por tanto, el gasto originado por éste.

En definitiva, la Legislación italiana –a diferencia de otras– no contempla la posibilidad de que personas distintas de los propios promitentes ostenten la legitimación activa para ejercitar la acción de restitución de los gastos realizados u obligaciones contraídas en consideración al matrimonio proyectado, lo que resulta ilógico, debido a que en la mayoría de los casos éstos son sufragados por terceros. Sin embargo, esto no es óbice para que estos sujetos que no son titulares de una posición jurídica equiparable al promisorio abandonado –artículo 81 del Código civil– y que hubiesen desembolsado sumas económicas de forma voluntaria, no puedan actuar, debido a que podrán ejercitar su derecho de restitución, por medio de la vía de subrogación voluntaria<sup>1471</sup>.

---

sujetos a colación las donaciones con arreglo al párrafo segundo del art. 770» Trad.: «-Non sono soggette a collazione le spese di mantenimento e di educazione e quelle sostenute per malattia, ne quelle ordinarie fatte per abbigliamento o per nozze. -Le spese per il corredo nuziale e quelle per l'istruzione artistica o professionale sono soggette a collazione solo per quanto eccedono notevolmente la misura ordinaria, tenuto conto delle condizioni economiche del defunto (809). -Non sono soggette a collazione le liberalità previste dal secondo comma dell'art. 770».

<sup>1469</sup> *Vid.*, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 243.

<sup>1470</sup> *Vid.*, SANTOSUOSSO, «Il matrimonio e il regime patrimoniale...», *op. cit.*, p. 43; NOVARA, *op. cit.*, p. 92.

<sup>1471</sup> «Artículo 1.201. (Subrogación por voluntad del deudor). -El deudor, que toma a préstamo (1813) una suma de dinero u otra cosa fungible con el fin de pagar la deuda, puede sustituir a la entidad crediticia en los derechos del acreedor, incluso sin el consentimiento de éste. -La subrogación tiene efecto cuando concurren las siguientes condiciones: 1) que la hipoteca y los ingresos resultantes del acto que tiene fecha determinada (2704); 2) que en el acto de la hipoteca sea indicada expresamente el destino específico de la cantidad prestada; 3) que en recibo se mencione la declaración del deudor

## B. El plazo de la acción

El plazo de la acción tanto para el resarcimiento del daño, como para la restitución de los regalos, se encuentra sujeto al breve plazo de un año. Esta brevedad evidencia la intención del legislador de limitar únicamente durante este periodo de tiempo el ejercicio de una acción que tiene como efecto hacer públicos los datos más íntimos y delicados de la vida familiar<sup>1472</sup>.

Por otra parte, este plazo que dispone como *dies a quo* el día de la negativa a la celebración del matrimonio, sigue pendiente de concreción por el legislador italiano, debido a que el precepto no establece de forma expresa si el carácter del plazo de un año es de caducidad o de prescripción. Frente a esta inexactitud, entre otros, se ha pronunciado el legislador español, el cual tras la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, ha puesto fin a dichas controversias, ya que el artículo 43 del Código civil español contiene un pronunciamiento expreso de caducidad. También el legislador alemán, se ha pronunciado a tal respecto, pero a diferencia del caso español, en su parágrafo 1.302 hace referencia de forma expresa a la prescripción.

---

sobre la procedencia de la cantidad utilizada en el pago. En la petición del deudor, el acreedor no puede negarse a introducir en el recibo tal declaración» Trad.: «Articolo 1.202. (Surrogazione per volontà del debitore). -Il debitore, che prende a mutuo (1813) una somma di danaro o altra cosa fungibile al fine di pagare il debito, può surrogare il mutuante nei diritti del creditore, anche senza il consenso di questo. -La surrogazione ha effetto quando concorrono le seguenti condizioni: 1) che il mutuo e la quietanza risultino da atto avente data certa (2704); 2) che nell'atto di mutuo sia indicata espressamente la specifica destinazione della somma mutuata; 3) che nella quietanza si menzioni la dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento. Sulla richiesta del debitore, il creditore non può rifiutarsi di inserire nella quietanza tale dichiarazione».

<sup>1472</sup> Vid., TATARANO, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, p. 677; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 245; voce «La promessa di matrimonio...», *op. cit.*, p. 410 y, «La promessa di...», *op. cit.*, pp. 193-194; NOVARA, *op. cit.*, p. 93; TEDESCHI, voce «Matrimonio...», *op. cit.*, p. 423; DE GIORGI, *op. cit.*, p. 754.

En el caso italiano y aún a pesar de la falta de inexactitud que presenta el precepto, la doctrina<sup>1473</sup> se ha pronunciado de forma unánime al calificar este plazo de caducidad y no de prescripción, de modo que no le serán de aplicación, ni las normas sobre interrupción legal, ni las de suspensión de la prescripción y, por tanto, el acto de conciliación no interrumpirá la acción, sino que su interrupción será consecuencia de la presentación de la demanda<sup>1474</sup>.

Asimismo, al abarcar los Derechos patrimoniales y disponibles, la caducidad se podrá prevenir mediante el reconocimiento que la otra parte realice del derecho de la contraparte a la restitución de los regalos o del resarcimiento de los daños, supuesto en el que la acción podrá ser propuesta dentro del plazo ordinario -decenal- de prescripción, previsto por los artículos 2.964, 2.966 y 2.967 del Código civil<sup>1475</sup>.

Como ya se ha dicho, el plazo de la acción no afectará a los intereses de orden público, sino a los patrimoniales y de disponibilidad, de modo que no será relevante de oficio<sup>1476</sup>. Con la consecuencia inmediata de que la relativa excepción, se constituirá como una excepción en sentido estricto y, por tanto, le será de aplicación lo establecido por el artículo 2.697<sup>1477</sup> del Código civil, por lo que será objeto de carga probatoria a cargo de aquél que

---

<sup>1473</sup> Así, entre otros, *vid.*, TATARANO, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, p. 659 y, «La Promessa di...», *op. cit.*, p. 532; GANGI, *op. cit.*, p. 62; FINOCCHIARO, F, «Del matrimonio...», *op. cit.*, p. 180; AUTORINO STANZIONE, *op. cit.*, p. 470; JEMOLO, *Il matrimonio...*, *op. cit.*, p. 67, donde plasma las diferencias existentes entre prescripción y caducidad; SANTORO-PASSARELLI, *Doctrina Generali...*, *op. cit.*, pp. 104 y ss.; DEGNI, *Il diritto di famiglia...*, *op. cit.*, p. 41; NOVARA, *op. cit.*, p. 93; BIANCA, Massimo: *Diritto civile*, 2001, *op. cit.*, Nt. 3, p. 48; FEOLA, *op. cit.*, p. 91; SANTOSUOSSO, «Il matrimonio»..., *op. cit.*, p. 19; AZZARITI, MARTINEZ, e AZZARITI, *Diritto civile...*, 1948, *op. cit.*, p. 420.

<sup>1474</sup> *Vid.*, DEGNI, *Il diritto di famiglia...*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>1475</sup> *Vid.*, TATARANO, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, p. 677; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 246; DEGNI, *Del matrimonio...*, *op. cit.*, p. 93.

<sup>1476</sup> Dice el «Artículo 2.965: -Es nulo el pacto (1.418 y siguientes) con el que se puede especificar un plazo de prescripción que hace excesivamente difícil a una de las partes el ejercicio del derecho» Trad.: «Articolo 2. 965: -E' nullo il patto (1418 e seguenti) con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile a una delle parti l'esercizio del diritto».

<sup>1477</sup> Ctr. artículo 2.697 del Código civil italiano de 1942.

declare la extinción del derecho del actor y, por tanto, la eventual situación de incerteza en orden a la determinación de la fecha de la ruptura de la promesa de matrimonio estará en detrimento de este último<sup>1478</sup>.

Por cuanto atañe al *dies a quo*, conviene precisar que al igual que en el caso de la restitución de los regalos, el artículo 81 del Código civil establece que comenzará a contar desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio, es decir, desde el día que tuvo lugar el incumplimiento, con la finalidad de garantizar por el juez, caso por caso<sup>1479</sup>.

Por otra parte, la doctrina<sup>1480</sup> en el supuesto de incerteza, debido a la imprecisión que presenta el momento de inicio de su cálculo, puesto que se trata de un hecho de carácter negativo –ya que se refiere al día de la negativa- que puede presentar serias dudas de hecho sobre la cuestión del día o momento en que dicha negativa queda acreditada, por analogía admite conforme a lo establecido por el artículo 1.183<sup>1481</sup> una especie de *actio*

---

<sup>1478</sup> Vid., UCCELLA, voce «Matrimonio»..., *op. cit.*, p. 11; SANTOSUOSSO, «Il matrimonio»..., *op. cit.*, p. 18. Desde el punto de vista jurisprudencial, en particular, la Sentencia de la App. Palermo, 30 maggio 1981, dice que: «Il termine di decadenza stabilito dal comma dell'articolo 81 dal Codice civile, non riguarda interessi di ordine pubblico, ma interessi patrimoniali disponibili. Esso pertanto, a norma dell'articolo 2.965 dal Codice civile, non è rilevabile d'ufficio. Da ciò consegue che la relativa eccezione costituisce «eccezione in senso stretto», alla quale è applicabile il principio, contenuto nell'articolo 2.697 dal Codice civile, che chi eccepisce l'estinzione del diritto dell'attore deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda». También, *vid.*, la Sentencia del Trib. Roma, 27 luglio 1963, *op. cit.*, p. 199.

<sup>1479</sup> Punto en el que JEMOLO sostiene que con la finalidad de individualizar el *dies a quo*, el juez deberá evaluar «se in effetti non ci sia rifiuto, ma ragionevole propósito di dilazione» (*Il matrimonio...*, *op. cit.*, p. 51).

<sup>1480</sup> En este sentido, JEMOLO, entiende que el juez podrá también asignar un plazo adicional, conforme a lo previsto por el artículo 1.183 del Código civil (*vid.*, *Il matrimonio...*, *op. cit.*, p. 51). Por su parte, TEDESCHI, dice que en el supuesto de silencio por parte del que incumpliera, el plazo comenzará desde el interrogatorio de la otra parte que lo ha puesto en mora (*vid.*, voce «Matrimonio...», *op. cit.*, p. 423).

<sup>1481</sup> «Si no está determinado el período de tiempo durante el cual la prestación debe ser realizada, el acreedor puede exigirla de forma inmediata (1219-2). No obstante, si, en virtud del uso o por la naturaleza de la prestación o el modo o lugar de ejecución, es necesario un término, esto, en ausencia de acuerdo de las partes, será fijado por el Tribunal (1331, 1817). - Si la fecha límite de cumplimiento se deja a la voluntad del deudor, corresponderá al Juez igualmente establecerlo según las circunstancias; se se deja



*interrogatoria* contra la parte vacilante, mientras que en caso de que la promesa de matrimonio resulte de la publicación de proclamas, entiende razonable que el plazo coincida con los 180 días previstos para la utilidad de las acciones previas<sup>1482</sup>.

Por lo que a la demanda -ya al amparo del artículo 81 o, del artículo 80 del Código civil- se refiere, conviene puntualizar que podrán inferir en el mismo juicio, bien a nivel de acumulación o reconvención, debido a que se tratan de reclamaciones recíprocas dependientes de un título común reducido al incumplimiento de la promesa de matrimonio<sup>1483</sup>.

La competencia territorial para el ejercicio de la acción, se realizará de forma alternativa, según lo establecido en los artículos 18 y 20 del texto legal<sup>1484</sup>, de modo que al tratarse de obligaciones resarcitorias y, teniendo presente la particular naturaleza del daño, el lugar donde la obligación surgió se identificará normalmente con el domicilio del acreedor que es donde el daño se ha producido, mientras que el *forum destinatae solutiones* coincidirá con el del deudor, conforme a lo establecido por el párrafo cuarto del artículo 1.182 del Código civil<sup>1485</sup>.

---

a la voluntad del acreedor, la fecha podrá ser fijado a instancia del deudor que tiene la intención de liberarse» Trad.:«-Se non è determinato il tempo in cui la prestazione deve essere eseguita, il creditore può esigerla immediatamente (1219-2). Qualora tuttavia, in virtù degli usi o per la natura della prestazione ovvero per il modo o il luogo dell'esecuzione, sia necessario un termine, questo, in mancanza di accordo delle parti, è stabilito dal giudice (1331, 1817). -Se il termine per l'adempimento è rimesso alla volontà del debitore, spetta ugualmente al giudice di stabilirlo secondo le circostanze; se è rimesso alla volontà del creditore, il termine può essere fissato su istanza del debitore che intenda liberarsi».

<sup>1482</sup> *Vid.*, TRABUCCHI, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 34.

<sup>1483</sup> *Vid.*, TATARANO, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, p. 677 y, «La Promessa di...», *op. cit.*, p. 532; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 247 y, voce «La promessa di matrimonio...», *op. cit.*, p. 410; FORTINO, *op. cit.*, p. 97.

<sup>1484</sup> *Vid.*, TRABUCCHI, «Della promessa...», 1992, *op. cit.*, p. 34.

<sup>1485</sup> *Vid.*, OBERTO, Giacomo: Le cause in materia di obbligazioni, Collana «Il Giudice di Pace», diretta da Mario BARBUTO e Vladimiro ZAGREBELSKY, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1994, p. 108. Desde el punto de vista jurisprudencial, *vid.*, la Sentencia de la Cass. civ., 11 maggio 1979, n. 2693.

## 7. LA SEDUCCIÓN CON PROMESA DE MATRIMONIO

Como ya se ha anunciado, la responsabilidad prevista por el artículo 81 del Código civil en términos de buena fe, únicamente, prevé el resarcimiento de aquellos daños que sean consecuencia directa del incumplimiento de la promesa de matrimonio y que se encuentren a ésta directamente conectados, lo que pone de manifiesto la capacidad limitada contenida por el precepto que evidencia la innecesaria indagación sobre la posible presencia de figuras de dolo o culpa en la conducta de la parte que rompe la promesa, debido a que será suficiente con que el comportamiento en sí mismo resulte objetivamente contrario a los requisitos formales previstos por la norma<sup>1486</sup>.

Aún con todo y en defecto de lo anterior, esta investigación podría asumir cierta relevancia, con la finalidad de identificar la existencia de una responsabilidad aquiliana conforme a lo establecido por el artículo 2.043, en concurrencia o no de la responsabilidad contenida por el artículo 81 del Código civil.

En este sentido, tanto la doctrina<sup>1487</sup> como la jurisprudencia, han reconocido un cierto espacio a la responsabilidad contenida por el artículo 2.043 del Código civil con la consiguiente posibilidad de la evaluación de los daños más allá de los límites previstos por el artículo 81, siempre que el prometido hubiese abusado de la condición que le pone fácilmente en una posición de poder hacer daño a la otra parte, la cual se encuentra en una situación de acaecimiento psicológico, como consecuencia de las particulares relaciones de influencia recíproca que existen entre los prometidos.

---

<sup>1486</sup> *Vid.*, TATARANO, «La Promessa...», *op. cit.*, p. 532.

<sup>1487</sup> En este sentido, JEMOLO, entiende que el juez podrá también asignar un plazo adicional, conforme a lo previsto por el artículo 1.183 del Código civil (*vid.*, *Il matrimonio...*, *op. cit.*, p. 51). Por su parte, TEDESCHI, dice que en el supuesto de silencio por parte del que incumpliera, el plazo comenzará desde el interrogatorio de la otra parte que lo ha puesto en mora (*vid.*, voce «Matrimonio...», *op. cit.*, p. 423).

Lo anterior se justifica en que quien ha realizado la promesa de matrimonio, en efecto, puede acompañarla de sugerencias, acciones o reclamaciones que por su temeridad o imprudencia puede originar un serio daño a la otra parte<sup>1488</sup>.

Punto en el que es de utilidad recordar que, aunque este daño no tiene cabida en el ámbito de previsión establecido por el artículo 81 del Código civil, lo cierto es que requiere igualmente de su resarcimiento conforme a los principios de la responsabilidad extracontractual. De modo que la promesa de matrimonio no puede constituir una especie de absolución de la obligación general del *neminem laedere*, que comporta el surgimiento de una obligación de formalidad constituida sobre el particular tipo de relación<sup>1489</sup>.

De lo anterior se justifica la afirmación que sostiene que, la ventaja del carácter no vinculante de la promesa de matrimonio no entra en la inmunidad específica del artículo 79 del Código civil, debido a que las razones de protección de la libertad que explican la irresponsabilidad por los daños originados de la negativa del compromiso matrimonial no pueden ser utilizados para excluir el resarcimiento de lo obtenido por la promesa utilizada como medio de presión ilícita<sup>1490</sup>.

En su virtud, la jurisprudencia estima que para que se produzca responsabilidad por seducción no es necesario que la promesa de matrimonio revista los requisitos formales previstos por el artículo 81 del Código civil, por cuanto éstos son exigidos por la Ley únicamente para la producción de los efectos previstos por dicho precepto y, por tanto, será

---

<sup>1488</sup> En este sentido, JEMOLO, entiende que el juez podrá también asignar un plazo adicional, conforme a lo previsto por el artículo 1.183 del Código civil (*vid.*, *Il matrimonio...*, *op. cit.*, p. 51). Por su parte, TEDESCHI, dice que en el supuesto de silencio por parte del que incumpliera, el plazo comenzará desde el interrogatorio de la otra parte que lo ha puesto en mora (*vid.*, voce «Matrimonio...», *op. cit.*, p. 423) y, *vid.*, TATARANO, «La Promessa...», *op. cit.*, p. 532 y, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, p. 678; DE GIORGI, *op. cit.*, p. 772; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 411 y, «La promessa di...», *op. cit.*, p. 194.

<sup>1489</sup> *Vid.*, OBERTO, «La promessa di...», *op. cit.*, p. 194; FORTINO, *op. cit.*, p. 96.

<sup>1490</sup> *Vid.*, TRABUCCHI, «Della promessa...», 1995, *op. cit.*, p. 182.

suficiente, conforme a lo establecido por el artículo 2.043, que la promesa sea realizada con seriedad y no sea inequívoca, es decir, que induzca a la otra parte a confiar en la realización del matrimonio prometido<sup>1491</sup>. Seriedad que deberá tener en cuenta la edad de los sujetos implicados, la experiencia y, las condiciones socio-culturales de la seducida.

De modo que también se prescindirá de la existencia de justa causa de ruptura en favor de quien haya provocado el daño<sup>1492</sup>, si se ha interrumpido el nexo de causalidad, así como el comportamiento reprochable que la otra parte había dado causa a la ruptura, aunque resulta evidente que en estos supuestos no habrá espacio para un apreciamiento equitativo del nexo axiológico entre la conducta de los novios y el evento dañoso.

Este sería el caso, por ejemplo, del supuesto de abandono de la novia acompañado de declaraciones ofensivas o, cuando se la obligue -durante el compromiso- a asumir una condición de vida que le origine daños morales o materiales o, a renunciar a sucesiones, donaciones o herencias e, incluso el caso de que sea persuadida al abandono de un puesto de trabajo<sup>1493</sup>.

Este supuesto -seducción con promesa de matrimonio- regulado por el artículo 526 del Código penal italiano, que imponía penas de prisión de 3 meses a 2 años para cualquier persona que con promesa de matrimonio hubiese seducido a una mujer menor de edad -pero que hubiese cumplido

---

<sup>1491</sup> *Vid.*, en este sentido, las Sentencias de la App. Torino, 26 aprile 1956, *ivi*, 1956, voce «Matrimonio», n. 148; Cass. civ., 14 luglio 1956, n. 2660, *ivi*, n. 56, voce «Matrimonio», n. 142; Cass. civ., 26 giugno 1959, n. 2027, in *Foro It.*, 1959, I, c. 1857; App. Cagliari, 29 marzo 1949, in *Rep. Fl.*, 1949, voce «Responsabilità civile», nn. 107-108; Cass. civ., 22 febbraio 1949, n. 322, *ivi*, voce «Responsabilità civile», n. 99. Para una mayor aportación jurisprudencial, *vid.*, DE GIORGI, *op. cit.*, p. 774.

<sup>1492</sup> *Vid.*, DE GIORGI, *op. cit.*, p. 772; TATARANO, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, p. 679.

<sup>1493</sup> *Vid.*, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 411 y, «La promessa di...», *op. cit.*, p. 195; AULETTA, *Il Diritto...*, 2002, *op. cit.*, p. 31; DEGNI, *Il diritto di famiglia...*, *op. cit.*, p. 44; NOVARA, *op. cit.*, p. 104; TATARANO, «La Promessa...», *op. cit.*, p. 532; GANGI, *op. cit.*, p. 59. Por el contrario, desde el punto de vista jurisprudencial, *vid.*, la Sentencia de la Cass. civ., 21 febbraio 1966, n. 539, *op. cit.*, c. 1686, n. 44.

los catorce años<sup>1494</sup>- con ocultación de su estado civil de persona casada y, preveía la existencia de dicha seducción cuando hubiese habido consumación carnal por las partes -es decir, relaciones sexuales- sería abolido<sup>1495</sup> por el artículo 1 de la ley 15 de febrero de 1996 n. 66 referida a las *Normas contra la violencia sexual*.

De lo dicho conviene tener presente que la jurisprudencia, ya durante la vigencia del Código civil de 1865<sup>1496</sup> se pronunciaba a favor de la cláusula general en tema de responsabilidad aquiliana. Esta dirección, con posterioridad, -reconociendo un ilícito civil atípico- ha continuado bajo el vigente Código civil de 1942, en el que el artículo 2.043 del Código civil ha estado en innumerables ocasiones invocado para reconocer a la mujer -en ausencia de los presupuestos del ya derogado artículo 526 del Código penal y de los límites impuestos por la norma contenida en el artículo 81 del Código civil- en los límites de prescripción propios de la responsabilidad aquiliana<sup>1497</sup>, el resarcimiento de los daños resultantes de la *traditio corporis* determinados a causa de la promesa de matrimonio, en aquellos supuestos en los que la seducción hubiese sido realizada con promesa de forma seria e inequívoca y con la apariencia de razonabilidad y confiabilidad

---

<sup>1494</sup> Para una amplia exposición sobre el carácter histórico y comparativo *vid.*, CARBONE, Vincenzo: «Seduzione con promessa di matrimonio: continua il contrasto tra giudici di merito e di legittimità», in *Il Corriere Giuridico*, 1993, p. 1054; FIANDACA, Giovanni: voce «Seduzione con promessa di matrimonio», in *Enc. dir.*, XLI, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1989, p. 933, donde cita una amplia literatura.

<sup>1495</sup> Para un estudio sobre los efectos civiles de tal abolición, *vid.*, OBERTO, Giacomo: «La seduzione con promessa di matrimonio al capolinea», in *Danno responsabilità*, 1996, pp. 416 y ss.

<sup>1496</sup> *Vid.*, DE GIORGI, *op. cit.*, p. 774. Para una crítica incisiva de la jurisprudencia que bajo el Código civil italiano derogado reconocía a la mujer adulta un resarcimiento de los daños por la dolorosa seducción, *vid.*, GLUCK, Federico: *Commentario alle Pandette, tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col codice civile del regno d'Italia*, direttori Filippo SERAFINI e Pietro COGLIOLO, XXII, tradotto ed annotato dai professori Silvio PEROZZI, Società editrice librería, Milano, 1906, p. 115, según el cual en el caso en examen no sería un hecho civilmente culposo que diera derecho al resarcimiento de los daños a la mujer que con su libre voluntad estuvo de acuerdo con el acto en sí mismo.

<sup>1497</sup> El *dies a quo* se entiende coincidente con el día en que la seducida tiene la certeza de que el seductor no mantendrá la promesa y no con aquel de la «*traditio corporis*» (*vid.*, la Sentencia de la Cass. civ., 19 dicembre 1980, n. 6568, in *GC.*, 1981, I, p. 1415).

requerida, pero formulada únicamente para inducir a la otra parte a mantener relaciones sexuales<sup>1498</sup>.

En síntesis, la promesa de matrimonio forma parte de una conducta a través de la que se pretende lesionar otro bien o derecho jurídicamente protegido, como es la libertad sexual. Libertad -al igual que la libertad de contraer o no matrimonio- que forma parte del Ordenamiento Jurídico. Por tanto, cuando la *traditio corporis* se realiza por causa eficiente a una promesa de matrimonio efectuada, con la finalidad de obtener una relación sexual y, con posterioridad, tras la consumación carnal ésta es incumplida, resulta innegable que el daño se origina a la libertad sexual de la mujer. Daño que constituye un ilícito por el que se debe responder, debido al nexo causal establecido entre la promesa y la *traditio corporis* por parte de la mujer<sup>1499</sup>.

En virtud de lo anterior, se evidencia el comportamiento doloso del seductor, que reconoce el derecho al resarcimiento de los daños originados en la mujer seducida, cuando la promesa de matrimonio constituya el elemento determinante e inmediato a través del cual el promitente se vale únicamente para obtener el consentimiento a la relación sexual por la otra parte<sup>1500</sup>.

Como ya se ha dicho, estos daños no serían resarcidos al amparo de lo establecido por los artículos 79 a 81 del Código civil, debido al equilibrio

---

<sup>1498</sup> Vid, LOI, voce «Promessa...», *op. cit.*, p. 96; CENDON, *Commentario...*, *op. cit.*, p. 270. Desde el punto de vista jurisprudencial, *vid.*, las Sentencias de la Cass. civ., Sez. III, 10 agosto 1991, n. 8733, in *Giur. it.*, 1992, I, c. 1108; Cass. civ., 14 novembre 1975, n. 3831, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1977, p. 61; Cass. civ., Sez. I, 17 febbraio 1976, n. 510, que requiere de una puntual y rigurosa prueba del nexo existente entre la promesa de matrimonio y la «*traditio corporis*» (in *Foro It.*, 1976, 1, p. 961).

<sup>1499</sup> Vid, en este sentido, entre otras, las Sentencias de la Cass. civ., Sez. III, 8 luglio 1993, n. 7493, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1995, p. 949, con nota de FEOLA; Cass. civ., Sez. I, 17 febbraio 1976, n. 510, *op. cit.*, p. 961; Cass. civ., 9 novembre 1973, n. 2947, in *Rep. FI.*, «Responsabilità civile», n. 164; Cass. civ., 24 gennaio 1972, n. 178, in *Foro It.*, 1972, 1, p. 3534.

<sup>1500</sup> Vid, la Sentencia de la Cass. civ., Sez. I, 11 marzo 1976, n. 846, in *Foro It.*, 1976, 1, p. 961.

existente entre dos exigencias opuestas –la libertad del consentimiento y la confianza depositada por la prometida en la celebración del matrimonio-. De modo que la injusticia del daño deberá recaer en la lesión originada a la autonomía y libertad sexual de la mujer, perpetrada con falsas expectativas de matrimonio, con la consecuencia inmediata de la exclusión de aquellos daños derivados por la pérdida de una ocasión matrimonial<sup>1501</sup> o del mantenimiento de los hijos nacidos de forma eventual de la unión carnal<sup>1502</sup>.

Por otra parte, el ilícito aquiliano –seducción con promesa de matrimonio- reconstruido por la jurisprudencia se diferencia claramente de la figura sancionada por el derogado artículo 526 Código penal, debido a que el delito de seducción era de recurrencia más limitada, por la gran variedad de presupuestos requeridos por el Código. Por tanto, se prescinde de la menor edad de la seducida; de la apreciación del estado civil del agente e, incluso del hecho de que el daño originado pueda provenir necesariamente de persona de sexo masculino<sup>1503</sup>. De forma tal, que esta nueva dirección

---

<sup>1501</sup> Por lo que a la inclusión de los daños derivados de la pérdida de una ocasión matrimonial como daños resarcibles, *vid.*, las aportaciones de DE GIORGI, *op. cit.*, p. 776. Desde el punto de vista jurisprudencial, *vid.*, las Sentencias de la Cass. civ., 10 giugno 1949, n. 1787, in *Foro It.*, 1949, I, c. 1060. También la Sentencia de la Cass. civ., 29 maggio 1965, n. 1105, aboga no solo por el resarcimiento de las consecuencias patrimoniales dependientes estrechamente del acto sexual, sino también de cualquier otro perjuicio concerniente a la desestima social y a la consiguiente pérdida de posibilidad de contraer matrimonio (in *GC.*, 1965, I, p. 1548). En el mismo sentido, la Sentencia de la Cass. civ., 13 novembre 1975, n. 3825, alude incluso el resarcimiento a la ínfima posibilidad por la seducida a contraer un matrimonio económicamente ventajoso (in *Rep. FI.*, 1975, voce «Responsabilità civile», n. 161).

<sup>1502</sup> *Vid.*, TATARANO, «La Promessa...», *op. cit.*, p. 532; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, Nt. 158, p. 256.

<sup>1503</sup> En este sentido se pronuncia la ya mencionada Sentencia de la Cass. civ., 13 novembre 1975, n. 3825, al afirmar que: «Nell'ipotesi di seduzione con promessa di matrimonio la sfera dell'illecito civile non coincide con quella dell'illecito penale [articolo 526 dal Codice penale], ma è molto più ampia, tanto da non escludere neppure la responsabilità della donna che abbia dolosamente o colposamente sedotto l'uomo e, con la sua non mantenuta promessa di matrimonio, gli abbia cagionato danni: caso, d'altro modo, che, per la natura stessa delle cose, è certamente meno frequente del caso inverso, ma non è del tutto ignoto alla giurisprudenza. Cioè è sufficiente ad escludere qualsiasi profilo di illegittimità costituzionale nella disciplina denunciata, non ravvisandosi alcuna violazione del principio di eguaglianza sancito dall'articolo 3» (*op. cit.*, n. 161). En idéntico sentido, la Sentencia de la Cass. civ., Sez. III, 8 luglio 1993, n. 7493, *op. cit.*, p. 949. En doctrina, *vid.*, FEOLA, *op. cit.*, p. 97; SANTOSUOSSO, «Il matrimonio e il regime patrimoniale...», *op. cit.*, p. 49. Por el contrario,

considera que la seducción con promesa de matrimonio constituye un hecho de ilícito civil fuente de resarcimiento del daño patrimonial para la persona seducida que no exige de la acreditación de un ilícito penal considerando suficiente como elemento subjetivo del seductor la mera culpa y, por tanto, no es necesario que la promesa haya sido realizada con ánimo engañoso<sup>1504</sup>.

Asimismo, la hipótesis tradicional ha sido objeto de numerosas críticas, tanto por la jurisprudencia menor como por la doctrina más reciente, debido a que la responsabilidad del seductor con promesa de matrimonio se concebía como una verdadera y propia actividad dolosa -en el sentido contractual del término- tanto por la emisión de la falsa promesa concretada en la consumación de un deseo carnal, como por el nexo creado entre la promesa y la *traditio corporis* por parte de la seducida y, por el evidente anacronismo que presentaba esta interpretación que veía en la mujer seducida y abandonada el sujeto dañado de una actividad dolosa efectuada por el hombre<sup>1505</sup>.

En este sentido, dos han sido las razones por las que la jurisprudencia menor ha dudado entre el reconocimiento del resarcimiento de los daños acaecidos a la mujer seducida con promesa de matrimonio, cuando la promesa hubiera sido formulada para alterar el consentimiento de la mujer con la finalidad de consumir la relación sexual y, la exclusión del resarcimiento mismo -pero no obviamente de las consecuencias previstas

---

es partidario de que el resarcimiento competa únicamente a la mujer, BORGUESE, Felice: «Il risarcimento dei danni alla donna sedotta», in *Foro It.*, IV, 1950, p. 128.

<sup>1504</sup> Por la suficiencia de la culpa, *vid.*, las argumentaciones de DE GIORGI, *op. cit.*, p. 777; TATARANO, «La Promessa...», *op. cit.*, p. 532. Desde el punto de vista jurisprudencial, en este sentido, se pronuncian, entre otras, las Cass. civ., Sez. III, sent. 8 luglio 1993, n. 7493, *op. cit.*, p. 949; Cass. civ., sent. 12 settembre 1968, n. 2934, in *Foro It.*, 1968, I, p. 2703; Cass. civ., Sez. III, sent. 26 giugno 1959, n. 2027, *op. cit.*, c. 1857; Cass. civ., Sez. I, sent. 17 febbraio 1976, n. 510, *op. cit.*, p. 961; Cass. civ., Sez. III, sent. 10 agosto 1991, n. 8733, *op. cit.*, c. 1108. Para una mayor reseña de jurisprudencia, *vid.*, OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, Nt. 154, p. 255; TATARANO, «Rapporti da promessa...», *op. cit.*, Nt. 104, p. 679; CALABRIA: «Responsabilità per seduzione con promessa di matrimonio», in *Foro It.*, 1947, I, p. 999; ONDEI, Emilio: «In tema di responsabilità civile per seduzione», in *Foro Pad.*, 1950, I, p. 1057.

<sup>1505</sup> *Vid.*, RIMINI e VIGANÒ, *op. cit.*, p. 5.



por los artículos 80 y 81 del Código civil-. Son, de una parte, por la ausencia de la vulneración del derecho de la mujer a la integridad moral y libertad sexual y, de otra, por la imposibilidad de configurar la figura como un caso de delito –debido a que con el artículo 1 de la Ley 15 de febrero de 1996, n. 66, se deroga el artículo 526 del Código penal (sobre violencia sexual)-.

Por su parte, la doctrina más reciente, ha puesto en tela de juicio la posible validéz de la seducción con promesa de matrimonio, no solo por la derogación del artículo 526 del Código penal, sino por la configuración de la mujer como un sujeto débil, susceptible de engaño mediante la formulación de la falsa promesa, en aras del futuro matrimonio.

No obstante, en la actualidad, esta configuración de la mujer como sujeto débil resulta del todo incomprensible, debido a la situación actual socio-económica que ésta ha adquirido en los últimos años y, que ha sido aceptada y reconocida por la sociedad contemporánea<sup>1506</sup>, conforme a la evolución social de la costumbre y al principio de igualdad de género<sup>1507</sup> - aspectos últimos que en la teoría tradicional tampoco se han tenido en cuenta-.

De forma que esta nueva vertiente doctrino-jurisprudencial –ésta última en menor medida- relega la teoría tradicional a un viejo estereotipo en el que el varón únicamente para satisfacer su deseo carnal, utilizaba la promesa de matrimonio contra la mujer ingenua e indefensa, incapaz de resistirse libremente frente a él<sup>1508</sup>. Y, en consecuencia, se comienza a entrever un abandono paulatino justificado por la situación adquirida durante la última década de la mujer libre y económicamente independiente de la teorización de un supuesto –seducción con promesa de matrimonio-

---

<sup>1506</sup> Vid., UCCELLA, Fluvio: *Diritto di Famiglia*, diretta da Pietro RESCIGNO, IPSOA editore, 1996, p. 15.

<sup>1507</sup> En tal sentido, vid., OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, op. cit., p. 257; UCCELLA, *Diritto di...*, op. cit., p. 14; DI ROSA, op. cit., p. 39.

<sup>1508</sup> Vid., ALIGHIERI, Dante: *Inferno, Canto XVIII*, 2006, p. 91.

que no tiene cabida en la actual sociedad, ya que se trata de un problema anacrónico<sup>1509</sup>.

Por tanto, la seducción con falsa promesa de matrimonio, evaluada en los límites de los valores socio-culturales de la sociedad moderna, no da derecho alguno al resarcimiento de los daños originados en la mujer seducida, debido a que ni son integrantes de una lesión al Derecho de la integridad moral y de la libertad personal, ni existen normas que sancionen en el ámbito de las relaciones sexuales el cumplimiento de la normas referidas a la libertad, buena fe o, diligencia y, por tanto, ni existe una vulneración de la regla general del *neminem laedere*, ni responsabilidad por incumplimiento<sup>1510</sup>.

En síntesis, aún a pesar de que este presupuesto de responsabilidad civil tiene como finalidad proteger la libertad de la mujer y su libertad sexual, lo cierto es que con la gran libertad sexual que existe, hoy por hoy, resulta difícil creer que se vulnere la libertad sexual con una promesa de matrimonio, debido a que las relaciones sexuales son realizadas con independencia de que medie o no promesa, amén de que la derogación del artículo 526 del Código penal, confirma que una cosa es la violencia y, otra la seducción, sobre la que no subsiste ninguna razón de protección penal.

Aún con todo y en defecto de la teoría mencionada en líneas anteriores, jugará la incompatibilidad de la nueva hipótesis con la tradicional. Por ello, no se descarta la posibilidad de la existencia de un resarcimiento del daño derivado de la seducción con promesa de matrimonio, cuando exista una promesa en los términos previstos por la norma; la promesa se hubiera realizado de forma dolosa con la finalidad de

---

<sup>1509</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Cass. civ., Sez. III, 8 luglio 1993, n. 7493: «Un fidanzamento ufficiale primo della seduzione, ma dolosamente predisposto quale mezzo per ottenere dalla donna l'assenso all'amplisso è fatto da ritenersi, di regola, idóneo agli effetti della serietà della promessa, dell'efficienza del mezzo usato e dell'illicità del comportamento dell'uomo» (*op. cit.*, p. 949).

<sup>1510</sup> *Vid.*, las Sentencias del Trib. Pisa, 3 febbraio 1976, in *Foro It.*, p. 961 y, Trib. Verona, 29 gennaio 1982, in *Giur. it.*, 1983, I, 2, n. 131.

obtener relaciones sexuales; exista una relación efectiva de causalidad entre la promesa y la *traditio corporis* y, finalmente, la mujer, indudablemente, sea menor de edad.

En definitiva, no se puede cerrar este epígrafe sin aludir a los cambios que se han comenzado a vislumbrar respecto de este instituto: Por una parte, la inexistencia de una normativa que sancione en el ámbito de la vulneración de la libertad sexual y del derecho de la mujer a la libre determinación, el respeto del común deber de lealtad o de forma, ésta abocando a los estudiosos del Derecho a prestar más su atención a los problemas subsiguientes que se podrían originar de la consumación carnal – originada por la seducción con promesa de matrimonio-, como sería el del mantenimiento del hijo nacido de la consumación «ante nuptias». Problema que se resuelve a la luz del Derecho de familia y, en concreto, al amparo de la disciplina de la filiación; De otra, se mantiene la esperanza de que la seducción en sí misma deje con el transcurso del tiempo de ser considerada como un daño, para finalmente considerarse como un hecho de carácter realista consecuencia del resultado de un caso desafortunado, frente al cual el Derecho poco puede hacer, con la consiguiente eliminación de dicho instituto de los textos de Derecho civil positivo<sup>1511</sup>.

---

<sup>1511</sup> *Vid.*, FERRANDO, *op. cit.*, p. 273; OBERTO, *La promessa di matrimonio tra...*, *op. cit.*, p. 263; CARICATO, «La promessa...», 2007, *op. cit.*, p. 94 y, «La promessa...», 2010, *op. cit.*, p. 193.



## CONCLUSIONES

Los esponsales a lo largo de las diferentes etapas del Derecho romano, fueron objeto de un paulatino y profundo progreso. En la **época preclásica**, este régimen configurado como un contrato civil exclusivamente romano se caracterizaba por el compromiso de un contrato formal y, son concebidos como un acto solemne realizado por los progenitores de los prometidos o por el padre de la «sponsa», con la pretensión de que se contrajesen las futuras nupcias.

A diferencia de la etapa anterior, en la **época clásica** la promesa queda circunscrita a un simple consentimiento no formal que no crea vínculo jurídico alguno, pudiéndose disolver libremente, sin ser constitutiva del matrimonio prometido.

Téngase presente que con esta nueva configuración se establece de forma expresa la necesidad del consentimiento de los contrayentes para la constitución de los esponsales. Adicionalmente, se consideró como contraria a las buenas costumbres cualquier estipulación con la que se acordará el pago de una pena, cuando no se realizase un matrimonio futuro, se indujese a no realizarlo o, no se mantuviese un matrimonio ya existente.

En cuanto al incumplimiento de los esponsales, la sanción indemnizatoria -si ésta se hubiese previsto- tenía la consideración de nula, ya que contra la acción ejercitada contra el que se negase a efectuar el matrimonio se concedía la «exceptio doli» mediante la que el demandado

obtenía la absolución. Por tanto, ni se permitía estipular una pena, ni era eficaz una pena ya pactada en caso de ruptura del vínculo de los esponsales.

En definitiva, este régimen resulta congruente con el principio de libertad de matrimonio, puesto que se consideraba ilícito cualquier límite impuesto a dicho principio, disponiéndose –en el fondo- lo mismo que se establece por el vigente artículo 42 CC, conforme al que también se niega eficacia a la promesa para obligar a la celebración de las nupcias.

En la **época post-clásica**, desaparece el principio de libertad de incumplimiento; los efectos jurídicos de los esponsales aumentaron considerablemente originándose una aproximación a la institución al matrimonio, pero éstos no llegaron a equipararse a esta última y, se acogió la práctica de las *«arrhae sponsaliciae»*, consistentes en sumas de dinero –u otros bienes- que los prometidos se intercambiaban entre ellos como prueba y garantía de la promesa celebrada.

Adicionalmente, se produjo un cambio sustancial en la restitución o no de las donaciones en caso de la inexistencia del consentimiento necesario para la celebración del matrimonio; se admite nuevamente la sanción patrimonial como consecuencia del incumplimiento de la promesa de futuro matrimonio, lo que se evidencia en lo previsto al efecto en materia de donaciones y *«arrhae sponsaliciae»*. Sin embargo, este régimen será cambiado por CONSTANTINO en caso de que hubiese mediado *«ósculo interveniente»* en los esponsales, al atribuírsele importancia jurídica.

Finalmente, en la época de JUSTINIANO se añade como causa justificativa de la disolución de los esponsales, la elección por uno de los promitentes de la vida monástica; se aportan algunas modificaciones de detalle relativas a la reducción de la pena y, se considera como justa causa de disolución del compromiso el transcurso de dos años desde que se efectuó aquél, siempre que el matrimonio no se hubiese celebrado. Adicionalmente, se atribuyen importantes efectos jurídicos a los esponsales, equiparándose en algunos aspectos los promitentes a los cónyuges y, se

extienden a éstos los impedimentos establecidos para el matrimonio, al equipararse sus efectos para determinados fines patrimoniales y penales.

\*\*\*

En el **Fuero Juzgo** la institución de los esponsales se encuentra regulada de forma breve e incompleta. Sin embargo, la promesa creaba una relación jurídica de carácter obligatorio, ya que los contrayentes estaban estrictamente obligados a su cumplimiento. Asimismo, los esponsales se podían realizar de forma escrita o, ante testigos; se formalizaban con la entrega del anillo, lo que les otorgaba una fuerza ejecutiva importante; su incumplimiento solo podía ser en caso de que mediase consentimiento de la otra parte -en caso contrario se preveía una pena de carácter considerable-, es decir, que se trataba de una promesa cuya irrevocabilidad se circunscribía al supuesto de que faltase la voluntad de una de las partes y, la restitución de las arras y regalos intercambiados entre los promitentes únicamente se producía por causa del fallecimiento de una de las partes.

\*\*\*

El **Fuero Viejo de Castilla**, se caracterizó por la ruptura de la promesa de matrimonio, sin especificar la causa por la que el matrimonio no se llevaba a término.

En este Cuerpo legal aunque no se recoge la regla completa siguen vigentes los principios establecidos por el Fuero Juzgo en materia de incumplimiento de la promesa a efectos de devolución de los regalos intercambiados entre los promitentes; se prevé que la mujer haga o no suyos los regalos esponsalicios, según haya mediado o no beso -ósculo interviniente- y, se regula la imposibilidad de contraer matrimonio por mujer soltera con persona distinta de aquélla con la que hubiese sido prometida en matrimonio, castigándola con la pena del desheredamiento, salvo que los intermediarios se negasen a la celebración del matrimonio movidos por malquerencia o codicia de retener lo de aquélla, pudiendo quedar ésta eximida de dicha pena, cuando probase dichos hechos judicialmente.

\*\*\*

En el **Fuero Real** los esponsales se configuran como dos preceptos aislados, ubicados dentro de la regulación del matrimonio.

En estas Leyes se recogen las formas previstas para perfeccionar el acto, encontrándose más determinada la forma de los esponsales; se regula la obligatoriedad de su cumplimiento, salvo que uno de los promitentes se ordenase o, contrajese matrimonio con tercero -supuestos en los que su incumplimiento se encontraba precedido de una pena-; se alude indirectamente a la exigencia de licencia paterna, castigándose con la pena de desheredación a la hija que sin hacer honor a los esponsales concertados por su padre contrajese matrimonio con persona distinta y, en la restitución de las donaciones o arras intercambiadas por los promitentes en caso de fallecimiento de una de las partes, rige la versión más ortodoxa de la Ley Constantiniana por influencia del Fuero Juzgo.

En definitiva, este régimen perfila lo que esta institución es en la actualidad, tanto por la liberalidad de las formas que perfeccionan el acto como por la solución que presenta.

\*\*\*

En el **Código de las Partidas**, se regulan los esponsales con mayor precisión que en el Fuero Juzgo por influencia tanto de las Decretales de Gregorio IX, como del Derecho Canónico; se reglamenta de forma minuciosa las clases, requisitos y efectos originados en caso de incumplimiento y, las justas causas que producían su disolución. Causas que eran abiertas y no taxativas, conforme al principio de disolubilidad que caracterizaba a esta institución.

En las Partidas los esponsales se podían celebrar tanto por el hombre, como por la mujer; la edad señalada se cifraba en siete años, siendo nulos los contraídos con anterioridad a dicha edad y, por ende carentes de eficacia coactiva, salvo que fuesen convalidados o ratificados por el varón a los 14 y



por la mujer a los 12 años con la intervención anterior o posterior del consentimiento paterno o de las personas que debiesen darlo y, exigían para su validez del consentimiento de ambos contrayentes, ya que en caso contrario, se consideraban nulos no teniendo la consideración de culpable la desobediencia de la hija.

Con el Decreto *Ne temeré* –de aplicación universal a toda la Iglesia- se declaran válidos y capaces de surtir efectos canónicos únicamente a aquellos esponsales realizados por escrito y firmados por las partes, además de por párroco u ordinario del lugar y, al menos por dos testigos. Adicionalmente, se prevé para el supuesto de que no supiesen firmar ambos o uno solo de los contrayentes, que dicho extremo constase en la propia escritura debiendo añadirse otro testigo, al objeto de que firmara en nombre de aquél, de forma conjunta con el párroco y demás implicados al acto.

Con este Decreto los esponsales quedan revestidos de carácter formal, puesto que su validez requiere del cumplimiento de determinados requisitos, no siendo necesario el otorgamiento en instrumento público.

\*\*\*

Con la **Pragmática de Carlos III**, se establece la necesidad de licencia por los obligados a prestarla para la celebración del contrato de esponsales y, se admite contra el irracional disenso de los obligados, el recurso sumario a la Justicia Real ordinaria. Se limita e impide la celebración privada y secreta de los esponsales, iniciándose una reforma que culminaría con la Pragmática de Carlos IV en 1803. Esta **pragmática de Carlos IV**, se caracterizó por: la reafirmación de los principios de su antecesor; el mantenimiento del recurso judicial para el supuesto de oposición irracional; la introducción de algunas modificaciones referidas a las edades mínimas en las que era necesario obtener el consentimiento paterno; supuso el cambio de algunas acepciones y, estableció la inadmisión de demandas de esponsales, si no eran celebrados por personas habilitadas para contraerlas.

La admisión de demandas de esponsales en los Tribunales eclesiásticos requería de escritura pública y, que a su otorgación hubiese

precedido la licencia o el consentimiento paterno exigido por la Pragmática de 1803. Esta forma seguiría vigente tras la Ley de 20 de junio de 1862, aún a pesar de que aludía solamente a los matrimonios sin mencionar los esponsales, debido a que la finalidad de dicho extremo era la admisibilidad de las demandas de esponsales en los Tribunales eclesiásticos.

\*\*\*

En la **devolución de las donaciones esponsalicias** realizadas entre los prometidos **para el supuesto de fallecimiento de uno de los promitentes** rigen los principios de procedencia romana del Fuero Juzgo. Estos principios recogidos en el Fuero Viejo de Castilla, presentan ciertas modificaciones de detalle, al dársele mayores efectos jurídicos al beso y al abrazo esponsalicio que en las Leyes precedentes. En el Fuero Viejo –a diferencia de los anteriores donde la esposa debía restituir la mitad-, la esposa no estaba obligada a restituir nada en caso de que viviendo ambos promitentes, el matrimonio no se celebrase por motivo distinto al fallecimiento de una de las partes.

Esta figura regulada por el Fuero Real, confirma lo estipulado por el Fuero Juzgo, pero presenta un cambio terminológico, se sustituye el vocablo «arras» por «donas». Mientras que en las Partidas, se adopta la disposición establecida por la Ley de CONSTANTINO. Con posterioridad, continuará en la Ley 52 de Toro, aunque separándose del Derecho vigente durante XIII Siglos, debido a que hace referencia a la esposa que ha contraído esponsales de futuro y, a la que los hace de presente, pero no adopta la regla del Fuero Juzgo por la que la esposa mediando ósculo retiene todo lo donado, sino que ordena que ésta restituya la mitad, siguiendo al resto de Leyes que desde CONSTANTINO se habían sucedido.

Esta Ley que sería transcrita en la Recopilada de donde paso a la Novísima Recopilación, aclara –al igual que lo hiciera su antecesora- el destino que debían asumir las donaciones esponsalicias realizadas entre las partes en función de que hubiese mediado o no beso entre éstos.

\*\*\*

La indefinición jurídica que presenta esta institución durante el proceso de Codificación civil, originó que la doctrina se plantease sus ventajas o desventajas, centrando la principal preocupación en su perduración o supresión. Por ello, mientras que en algunos Proyectos oficiales de los Códigos civiles, los esponsales aparecen eliminados, como sería el Proyecto del Código civil de 1821, en otros se encuentran regulados y revestidos de una determinada forma.

\*\*\*

El rasgo más característico del **Proyecto de Bases del Código civil**, se centra en recoger la negativa a reconocer valor jurídico a los esponsales. Esta Base –la tercera- se convertirá, con posterioridad, en el artículo 47 del Proyecto del CC de 1851, siguiendo la línea doctrinal marcada por el Código francés que no reconocía los esponsales de futuro. Siendo a partir de este Proyecto cuando la negación del valor histórico jurídico de esta figura, se convierte en una constante del proceso codificador.

Con el **Proyecto del Libro I del Código civil de 1869** se corrobora la ineficacia de los esponsales contenida en el Proyecto de 1851 y, se descarta expresamente la obligación de resarcimiento al sostener que la promesa de matrimonio, aceptada mutuamente, era un hecho privado que la Ley sometía al honor y conciencia del individuo, no produciendo obligación alguna en el fuero externo, de forma tal, que ni podía exigirse su cumplimiento, ni demandar indemnización, ni cumplimiento de la cláusula penal.

\*\*\*

Esta posición codificadora adquirió fuerza legal con la **Ley Provisional de Matrimonio Civil de 1870**. Ley que se separa de la tradición canónica y codificadora europea favorable a los esponsales para seguir a la doctrina generada en torno al Proyecto de 1851 y al CC portugués de 1867.

El Decreto del Ministerio-Regencia de 22 de enero de 1875, completado por el de 9 de febrero de 1875, reduce el ámbito de la negativa del valor jurídico de los esponsales, conforme a la inaplicabilidad de esta Ley a los matrimonios canónicos y, se presenta como una excepción dentro de la tendencia negadora de éstos, al continuar considerando dicha Ley aplicable a los matrimonios civiles para los que no profesasen la religión católica, lo que restablece la fuerza de los esponsales para los católicos.

\*\*\*

El **Proyecto de Libros I y II del Código civil de 1882**, se configura como un proyecto incompleto influido por el CC italiano de 1865, y considerado como el precedente inmediato del CC de 1889. Sus rasgos más característicos son: se legisla por primera vez sobre la obligación de resarcimiento –obligación que no aparecía en el Proyecto del CC de 1851 y que sería descartada por el Proyecto del Libro I del CC de 1869-; se propone para los esponsales idéntico régimen de edad -7 años- que, con posterioridad, sería la línea a seguir por su predecesor -CC de 1889- y, contiene en sus artículos 28 y 29, los futuros preceptos 43 y 44 de aquél.

\*\*\*

En el **Código civil de 1889**, las previsiones dedicadas a la promesa futura de matrimonio, se integraban en el Libro I, Título IV *Del matrimonio*, sección segunda, *Disposiciones comunes a las dos formas de matrimonio*. Segunda sección que incluía los artículos 43 y 44, dedicados a los «Esponsales de futuro» y no, en puridad, al matrimonio en sí. Esta ordenación sistemática y la redacción de la figura perviven pese a la reforma del año 1958 dedicada, al régimen del matrimonio. Con todo, las rúbricas de las secciones se retocan y los artículos 43 y 44 pasan a encabezar la sección denominada *Disposiciones comunes a las dos <clases> de matrimonios*.

Los rasgos más característicos que ha presentado este Código, son: la omisión de los términos civil o eclesiástico todavía mantenidos por el Proyecto de 1882 en su artículo 28 y, la regulación de una determinada

forma para la promesa de matrimonio, puesto que para su validez exige que conste en documento público o privado.

\*\*\*

**La Ley 30/1981, de 7 de julio**, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el CC y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, pone fin a esta equívoca ubicación, ya que se aíslan a los esponsales o promesa de matrimonio de las *Disposiciones generales*, con la adición de un nuevo primer capítulo llamado *De la promesa de matrimonio*, donde se encuentran recogidos, en la actualidad, los artículos 42 y 43 CC. Con esta Ley, se suprimen las prohibiciones de casarse; se reduce el matrimonio previo a causa de incapacidad absoluta y, se eliminan las dos *clases* o *formas* de matrimonio que imperaron desde el CC de 1889.

Esta nueva ordenación, evita la confusión normativa con el matrimonio y se configura como una institución distinta aunque, evidentemente, relacionada con él. Sin embargo, y pese a la distinta redacción de estos preceptos, las soluciones jurídicas son básicamente coincidentes con las que hasta ahora estaban en vigor, lo cierto es que introducen ciertas novedades aparentemente de detalle, que afectan a la irrelevancia de la promesa de matrimonio, y a la trascendencia de su incumplimiento en el ámbito patrimonial.

De conformidad con la ordenación sistemática de la **Ley 30/1981, de 7 de julio**, las previsiones dedicadas a la promesa de matrimonio se encuentran recogidas en los artículos 42 y 43 integrados en el Libro I, Título IV *Del matrimonio*, capítulo primero *De la promesa de matrimonio*. El vigente artículo 42 CC presenta respecto de su predecesor [art. 43 del Código de 1889] ciertas modificaciones de interés. Entre ellas, conviene destacar las siguientes: a) Se sustituye la terminología de la institución, ya que «la promesa de matrimonio» es la nomenclatura que modifica la tradicional de «esponsales de futuro» a que se refería -siguiendo la tradición romano-católica- el derogado precepto; b) Se introduce la disposición de

que no obliga a «cumplir lo que se hubiese estipulado para el supuesto de su no celebración», dividiéndose la norma en dos párrafos; c) Se convierte el anterior inciso segundo del derogado artículo 43 del CC de 1889, con ligeras modificaciones de redacción en el párrafo segundo del vigente artículo 42 CC y, d) Se suprime la referencia a «Ningún Tribunal» contenido por el derogado artículo 43 y, por ende, se elimina la problemática ulterior respecto de si dicha referencia que era vinculante a los órganos jurisdiccionales civiles, también era extensible a los eclesiásticos, evitándose problemas de pronunciamientos sobre competencias de los tribunales de otros órdenes judiciales.

Finalmente, el vigente artículo 43 CC presenta respecto de su predecesor [art. 44 del Código de 1889] ciertas modificaciones de interés. Entre ellas, conviene subrayar las siguientes: a) Se sustituyen los requisitos de forma –documentos y proclamas- por el adjetivo de que la promesa de matrimonio sea «cierta», dándose a la institución un mayor alcance práctico, ya que facilita la configuración del supuesto constitutivo de la obligación; b) Se introduce el principio de libertad de forma; c) Se sustituye la asistencia que correspondía al menor, por la referencia al «menor emancipado», homologando el requisito con la capacidad para contraer matrimonio en los términos previstos por el párrafo primero del artículo 46 CC. De ahí que el incumplimiento de la promesa deba provenir de persona mayor de edad o de menor emancipado, ya que en principio, estos son los únicos sujetos hábiles para contraer matrimonio; d) Se sustituye la «justa causa» por «causa», de modo que ahora la causa del incumplimiento, ya no tiene la calificación de «justa»; e) Se añade al artículo el adverbio «sólo», reforzándose el sentido de la norma y subrayándose la excepcionalidad del precepto; f) Se adiciona a la mención de los «gastos hechos» la aclaración de la obligación de la carga de resarcir las «obligaciones contraídas» en consideración al matrimonio prometido, incluyéndose en los gastos, los desembolsos efectivamente realizados y, las obligaciones que hayan sido contraídas a causa del matrimonio proyectado y, g) Se indica de forma expresa que la caducidad de la acción para exigir el resarcimiento.

La nueva redacción de los artículos 42 y 43 no implica tanto una profunda transformación del régimen precedente, como una sistemática más idónea de los preceptos, el abandono de la terminología «esponsales de futuro» por el término «promesa de matrimonio» y, la aclaración de algunos extremos en la forma ya admitidos por doctrina. Si bien, los cambios y modificaciones indicados no afectan realmente al fondo de la institución y se conserva la opción básica de nuestro Derecho sobre la negación de toda fuerza vinculante a la promesa y la previsión de una limitada indemnización en ciertos supuestos. No obstante, la novedad sustancial presentada por la redacción del vigente artículo 43, en la determinación de los requisitos de la promesa, ha comportado, indudablemente, que sus cambios sean de mayor trascendencia que los realizados por el 42 CC.

\*\*\*

Se asume la existencia social de la promesa de matrimonio, aunque se configura como una figura cuya esencia es extrajurídica, que requiere del análisis de los determinados presupuestos configuradores de una obligación de indemnizar.

Esta negación de efectos jurídicos, que hace referencia a cualquier tipo de promesa -unilateral o, recíproca-, cualesquiera que sea su forma, permite diferenciar entre la promesa a que hace referencia el artículo 42 -a cualquier tipo de promesa-, de aquélla a la que alude el 43 CC -aquélla otra que se da en presencia de determinadas circunstancias que acarrear la obligación de indemnizar ciertos gastos-. Se trata de una promesa al margen del Derecho, reducida a un acto de la vida social, que la hace indiferente para el legislador y origina que no sea tenida en cuenta, ya que no produce efecto jurídico alguno, puesto que de ésta no nace ninguna obligación.

La promesa de matrimonio se configura como acto jurídico: hecho humano producido por una voluntad consciente y generalizada en la vida social, pero ajeno al campo de los negocios jurídicos, si bien podrá originar obligación de indemnizar, de conformidad a lo previsto en el artículo 43 CC. Y, por tanto, no le será de aplicación la calificación de contrato o negocio

jurídico, debido tanto a la irrelevancia jurídica que presenta la promesa, como al hecho de no generar obligación alguna respecto de la celebración del matrimonio.

\*\*\*

Conforme a la opción legislativa del Derecho respecto de la promesa de matrimonio, puesto que ni su contenido ni su finalidad son rechazados por éste, se puede concluir que **la promesa no es constitutiva de negocio nulo**.

\*\*\*

El **alcance de la acción por daños** derivados del incumplimiento de la promesa, será extensible tanto al resarcimiento de los gastos que el demandante hubiese realizado a causa del matrimonio prometido, como a las obligaciones o deudas contraídas como consecuencia de aquél. Adicionalmente, las obligaciones o deudas contraídas a que alude el artículo 43 CC, necesariamente, deberán hacer referencia a los gastos efectuados con posterioridad y, no con anterioridad a haber mediado la promesa quedando excluidos de éstos todas aquellas obligaciones que se hubiesen condicionado a la existencia del matrimonio o, que tuviesen su gestión sin perjuicio alguno para el promitente que los asumió.

La promesa de matrimonio se configura como un acto humano, que genera una confianza en su realización que puede dar origen a una serie de desembolsos o gastos económicos que, de no ser por aquélla, posiblemente no se habrían realizado, siendo éste el principio del que parte el legislador en el tema de la promesa y, no como un acto vulnerador de una prohibición legal, cuya ineficacia se deba reconducir al ámbito de la nulidad, por tanto, no deberá tener la calificación de negocio nulo, sino de negocio indiferente o irrelevante para el Derecho -pero lícito, por no prohibido-, salvo las consecuencias previstas en el artículo 43 CC.

La negación de la obligación de contraer matrimonio por razón de haberlo prometido, responde al principio de libertad de matrimonio.



Principio que rechaza la posibilidad de utilizar mecanismos coactivos para emitir el consentimiento matrimonial, debido a que el incumplimiento de dicha promesa no admite su cumplimiento forzoso. De modo que, tanto en la legislación española como en la italiana este principio constituye el fondo sobre el que se asienta la disciplina del instituto de la promesa de matrimonio.

En la legislación española, tras la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, se sostiene por doctrina y jurisprudencia que tendrán la consideración de ineficaces tanto aquellas promesas en las que se haya pactado la obligación de contraer matrimonio, como las estipulaciones contenidas en éstas para el caso de no celebración del matrimonio, conforme a que «el tratamiento de tales negocios –patrimoniales- es la radical ineficacia [...] por lo que su régimen es la nulidad». Por tanto, tendrá la consideración de nulo y privado de cualquier efecto, cualquier pacto en el que se disponga en sentido contrario lo previsto por la norma.

En la legislación italiana esta solución se encuentra en el vigente artículo 79 CC, al negar a la promesa de matrimonio el valor de pacto vinculante, imposibilitándose su exigencia de forma coactiva y, afirmar la radical nulidad. Nulidad entendida como una nulidad de orden público de cualquier acuerdo que prevea ventajas o desventajas para una u otra parte y, cuyo objeto sea asegurar el cumplimiento de la promesa.

\*\*\*

La pretendida adaptación de integrar la promesa de matrimonio en alguna de las categorías tradicionales existentes, ha dado origen a diversas controversias doctrinales respecto de la naturaleza jurídica que debe presentar la institución. Por ello, se ha considerado –aunque con grandes salvedades- como una mera relación de puro hecho, como un contrato de Derecho familiar e, incluso como una institución de naturaleza mixta [...].

La teoría contractual defendida desde antaño ha sido sumamente criticada –al igual que en el caso italiano- y de difícil sostenibilidad, dada la imposibilidad de calificar como negocio un acto que no produce el efecto de

obligar a las partes a contraer matrimonio, ya que el artículo 42 CC establece de forma expresa que la promesa no obliga a los prometidos a contraer el matrimonio prometido. De ahí la imposibilidad de configurar en términos contractuales la naturaleza de la figura, puesto que para que así fuese necesariamente debería obligar a las partes, conforme a la relación jurídica establecida. Obligación que, de forma expresa, está excluida por el precepto.

Esta teoría que resultaría atentatoria al principio de libertad de matrimonio (considerado de orden público) y, la prestación (aunque carente de carácter patrimonial alguno) no sería equiparable con el hacer contractual típico, debido a que consiste en la adquisición de un *status* que queda carente de su fundamento principal, conforme a la inexistencia [art. 42 CC] de la obligatoriedad para contraer el matrimonio proyectado.

También, su naturaleza ha sido calificada como un negocio jurídico preparatorio del Derecho de familia, por el que dos personas con capacidad matrimonial, se comprometen a celebrarlo en el futuro. Adicionalmente, a la anterior, se suma la partidaria de su naturaleza precontractual. Teoría que tampoco resulta posible, ya que supondría la vulneración de todos los límites de la autonomía de la voluntad previstos por el CC, al tratarse de un contrato con objeto ilícito y causa inmoral, así como contrario al orden público, puesto que su objeto afectaría a un estado civil y a un derecho fundamental de la persona.

En suma, se rechaza la doctrina del contrato, porque éste es fuente de obligaciones y la promesa no; la del precontrato, porque el matrimonio no es un contrato y no existe obligación de contraer matrimonio y, finalmente, la de la obligación natural, porque ésta es causa de obligaciones jurídicas - aunque sin responsabilidad- y la promesa no produce obligación jurídica, pero sí es susceptible de responsabilidad, ya que produce una obligación de resarcimiento en caso de ruptura sin causa [art. 43 CC].

\*\*\*

En la actualidad, la discusión sobre el **carácter unilateral o recíproco** de la promesa de matrimonio, aunque presenta escaso sentido debido a que el artículo 42 CC subraya su unilateralidad, sigue suscitando cierto grado de inseguridad. Esto plantea la cuestión de si la promesa debe ser necesariamente bilateral y recíproca y, si es factible su existencia en caso de que fuera unilateral -cuando sea aceptada por el otro promitente-.

Frente a dichas cuestiones algunos autores, tras analizar la incidencia que tuvo la Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre la figura, entienden que se sigue tratando de una promesa de carácter recíproco, aunque esta reciprocidad no esté reflejada ni en la terminología, ni en el régimen jurídico. Mientras que otro sector doctrinal apoyándose en que lo decisivo es la valoración que haga el Derecho de tal aceptación, excluye de forma expresa y a diferencia del común de la doctrina española anterior que la promesa deba ser recíproca, puesto que obedece al principio contractualista de la tradición de los antiguos esponsales y no a la disciplina legal.

Planteamiento que, aunque resulta lógico, ya que de considerarse la promesa de matrimonio necesariamente recíproca, no sería necesario que ambos promitentes cumplieren el requisito de capacidad establecido para resultar el promitente incumplidor obligado a resarcir al otro, lo cierto es que aunque quien haya realizado los gastos no reúna el requisito de capacidad -mayor de edad o emancipado-, si lo reúne el incumplidor se estará dentro de lo previsto por el artículo 43 CC, siendo necesario que ese menor se encuentre en una situación en la que resulte razonable haber confiado en la celebración del matrimonio.

Este extremo en la jurisprudencia menor, dista de ser enfocado desde un único criterio, puesto que se puede referir expresamente al carácter unilateral o bilateral de la figura, o como una doble declaración de voluntad, constituyendo una recíproca y mutua promesa. Por tanto, intentar establecer diferencias entre «promesa unilateral» aceptada por uno de los promitentes y «promesa recíproca o mutua», no tiene demasiado sentido,

máxime si se entiende que solo cuando la promesa sea recíproca cabrá que, se produzcan los efectos previstos por el legislador en los artículos 42 y 43 CC, debido a que se trata de la misma figura.

A mayor abundamiento, la mera aceptación de la promesa supone la manifestación de la propia disposición a casarse, por ello quien acepta la promesa evidencia a su vez su propósito de contraer matrimonio, ya que de otra forma no se podría confiar de forma razonable en que quien se promete mantuviese la palabra dada.

\*\*\*

La capacidad para celebrar la promesa de matrimonio, conforme a la exigencia prevista por el artículo 43 CC se limita, en principio, solo a aquellas personas que tengan **capacidad** para contraer nupcias –mayores de edad y menores emancipados- y, en consecuencia, conforme al paralelismo que presenta esta exigencia con lo establecido en el párrafo primero del artículo 46 CC, únicamente se encontrarán obligados a reparar aquellos sujetos que puedan contraer matrimonio sin dispensa.

Conforme a lo anterior, somos de la opinión, de que aunque las promesas de matrimonio realizadas por menores no emancipados son ineficaces, sería lógico poder valorar, en cada caso, cuándo se considera la confianza razonable y fundada, por lo que si ello de ordinario debería pasar por la mayoría de edad o la emancipación, en el caso del promitente obligado a resarcir el daño no debería ser así.

También podrán formalizar la promesa de matrimonio los incapacitados que reúnan los requisitos previstos en el párrafo segundo del artículo 56 CC; los incapacitados por graves deficiencias físicas y, respecto de los supuestos de incapacitación psíquica, se habrá de estar a los términos de la sentencia. En caso de promesa dada o recibida por incapacitado por anomalía o deficiencia psíquica, la otorgación y, posterior ruptura sin causa de la promesa por la parte capaz a quien padezca la deficiencia, no le exime

de su responsabilidad, siempre que su promesa sea «seria» -es decir, cuando atendidas las circunstancias, se pueda confiar razonablemente en aquélla-.

\*\*\*

En la actualidad, el vigente artículo 43 CC, no establece ni modalidades, ni solemnidades respecto de la **forma que debe revestir la promesa de matrimonio**. Si bien, únicamente menciona la exigencia de que **la promesa sea cierta** -se sustituyen los requisitos de forma, por el de certeza-, con la pretensión de que produzca la obligación de reembolso. Adicionalmente, se introduce el principio de libertad de forma, lo que comporta su equiparación con la mayoría de Códigos europeos, facilita la configuración del supuesto de la obligación y, rige un criterio más abierto y simple.

La perspectiva -con acierto- predominante entre doctrina y jurisprudencia es entender que la promesa de matrimonio realizada por uno de los promitentes deberá suscitar en el otro la confianza razonable de que el matrimonio se realizará, de modo que consideradas las circunstancias y suscitada dicha confianza «razonable», será lógico entender prudente realizar desembolsos para preparar el futuro matrimonio. Por tanto, se analiza la concurrencia o no de un presupuesto de una obligación de indemnizar y, en consecuencia, se trata de establecer si la promesa es o no cierta en el sentido de seria y, si es susceptible de generar una confianza razonable en la realización del matrimonio.

\*\*\*

Con la Ley 30/1981, de 7 de julio, se suprime el requisito de que la causa del incumplimiento sea «**justa**». No obstante, esta eliminación plantea evidentes dificultades en su apreciación, conforme a la ambigüedad que de forma implícita comporta el término «sin causa», puesto que se evidencia la doble valoración de la conducta de quien rehúsa contraer nupcias, perfectamente lícita y legítima en cuanto a libertad matrimonial, pero incorrecta en cuanto a las consecuencias patrimoniales que puede originar en la otra parte. Además téngase presente que no se trata de una causa que

excusa el cumplimiento de una obligación -que no existe [art. 42 CC]-. Por tanto, toda referencia a que la causa sea justa, será superflua, ya que el término «sin causa» lo que pretende decir es que dicha negativa comporta una actitud irrespetuosa para las expectativas o intereses patrimoniales del otro promitente, es decir, los «gastos hechos» u «obligaciones contraídas» en consideración al matrimonio prometido que devienen inútiles.

El incumplimiento de la promesa es totalmente legítimo, pero ello no se opone para que en caso de realizarse «sin causa», el legislador obligue al reembolso de los «gastos hechos» u «obligaciones contraídas» en consideración al matrimonio prometido realizados por la parte que confió en la celebración del futuro matrimonio. Si la «causa» concurre, el promitente incumplidor no tendrá que reembolsar nada a la otra parte.

Respecto a **qué se debe entender por «causa»**, en el contexto del artículo 43 CC, se ha planteado como posible solución la de establecer una línea delimitadora entre lo que se debe entender por «práctica discrecionalidad» y qué otras situaciones no equivalen a ella por quedar integradas en el «principio de tutela de libertad matrimonial», debido a que éste es el verdadero problema de la causa a que se refiere el precepto.

En la actualidad, las dificultades para precisar qué se entiende por «causa» siguen siendo las mismas que a poco de la reforma se vislumbraban en sede doctrinal y, en la necesidad de conciliar la «discrecionalidad absoluta de la negativa a contraer el matrimonio proyectado» con el «principio de tutela de la libertad matrimonial». Frente a lo anterior, somos de la opinión de que resulta indudable la existencia de causa, en caso de ser el demandante quien rompa la promesa por no encontrarse preparado para asumir el estado de casado.

La libre decisión de no contraer nupcias sin otro fundamento que la decisión misma, se configura como «causa» y, por tanto, es exonerativa de las consecuencias a que alude el artículo 43 CC y que lleva a hacer inútil por superflua la exigencia misma de causa a la que el precepto se refiere.

\*\*\*

Con el párrafo primero del artículo 42 CC, se aclara de forma expresa que tampoco hay obligación de cumplir lo estipulado para el supuesto de que no se realice la celebración del matrimonio.

Esta disposición se configura como una novedad concretada en la ineficacia de los medios indirectos, con la intención de extender la ineficacia de la promesa de matrimonio a todo pacto que tuviese como finalidad sancionar su falta de cumplimiento. En principio, si el tratamiento de tales estipulaciones parece que es la sancionada ineficacia de la promesa, su auténtico régimen jurídico es el de la nulidad absoluta establecida por el artículo 6. 3 CC. Apréciase que pretende dar eficacia coactiva indirecta a los esponsales, frente a la norma imperativa del artículo 42 que establece su ineficacia directa.

Por ello, la ineficacia de las estipulaciones, se debe situar en un plano distinto al de la promesa, ya que la ineficacia de la promesa es consecuencia del mantenimiento de ésta en un plano extrajurídico y no de un juicio negativo por parte del Derecho, mientras que la ineficacia de las estipulaciones sí es el resultado del rechazo a su finalidad o efectos y, por tanto, reconducible al ámbito de la nulidad.

En síntesis, se niega la validez de la obligación estipulada por un tercero –pariente o no- de pagar una pena en el supuesto de que uno de los futuros esposos no celebre finalmente el matrimonio prometido; se admiten las prestaciones prometidas *«donandi animo»* a uno de los esposos bajo la condición de que el matrimonio no se celebre o, que el novio/a abandone al donatario, sobre cuya licitud habrá que decidir en cada caso concreto y, se discute la validez de las garantías derivadas de los gastos realizados por la otra parte dentro de los límites de la obligación de resarcir, validez que corresponde a los acuerdos posteriores a la ruptura de la promesa de matrimonio sobre la indemnización debida.

Otra cuestión, se centra conforme a la literalidad que presenta el artículo 42 CC -«[...] de lo que se hubiese estipulado [...]»- en establecer si es

posible incluir o no dentro de dicho precepto todas aquellas estipulaciones cuyo contenido tengan por objeto determinar la extinción de posiciones jurídicas atribuidas al promitente. Frente a esta cuestión somos de la opinión de que si tal extinción puede tener la consideración de atentatoria contra la libertad de matrimonio, lo propio es que la sanción del atentado se resuelva por la vía de la ilicitud de la condición resolutoria del párrafo primero del artículo 1.116 CC.

\*\*\*

La inadmisión de la demanda se trata de una norma exclusiva del Derecho español. Con la Ley 30/1981, de 7 de julio, se reitera el derogado artículo 43 CC de 1889 en el párrafo segundo del artículo 42 CC. En este se presenta con una fórmula parecida a la establecida por aquél, cuya particularidad radica en la supresión de la referencia a «ningún Tribunal» contenida en la redacción anterior. Supresión que elimina cualquier duda que pudiese surgir sobre la vinculación de los órganos judiciales competentes y, salva la posibilidad de que se puedan suscitar problemas de pronunciamientos sobre competencias de los tribunales de otros órdenes judiciales.

En definitiva, la no obligatoriedad de cumplimiento de la promesa de matrimonio comporta que no se admita a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento, pero como consecuencia de lo establecido en el párrafo primero del artículo 43 en relación con el párrafo segundo del artículo 42 CC, dos son las conclusiones que se desprenden: De una parte, el rechazo absoluto de las demandas en las que se pretenda única y exclusivamente exigir el cumplimiento del pacto o de la promesa; De otra, la admisión de aquellas demandas que se encuentren dirigidas a obtener el resarcimiento de los gastos y obligaciones contraídas a que se refiere el párrafo primero del artículo 43 CC. Por tanto, la única consecuencia que plantea incumplimiento de la promesa se concreta en el ejercicio de la acción de resarcimiento de los daños originados o sufridos en virtud de la futura celebración del matrimonio proyectado.



\*\*\*

Con el vigente artículo 43 CC se aclara la cuestión del **alcance de la obligación de reembolso**, puesto que con el adverbio «sólo» se hace referencia a los «gastos hechos» y «obligaciones contraídas» en consideración al matrimonio prometido. Se establece un régimen limitado y básico, cuyo propósito es limitar a las consecuencias -patrimoniales directas- derivadas del incumplimiento y, no a otras, el alcance de la obligación del reembolso. Por tanto, se prescinde de la culpa y erige como criterio determinante para atribuir dicha obligación, la existencia o no de «causa».

De la formulación de estas consecuencias aunque es cerrada lo que imposibilita su extensión a otras, resulta obvia su extensión cuando se pretende dar cabida a la indemnización del daño moral o, se intenta hacer entrar en juego el artículo 1.902 CC. Se trata de conjugar el principio de tutela de la libertad matrimonial y el de protección a la confianza que suscita en el destinatario de la promesa de matrimonio la formulación de aquella. Esta conjugación que acarrea una cierta prevalencia de uno de ellos sobre el otro, lo cierto es, que se inclina del lado del principio de la tutela de la libertad matrimonial, de forma tal, que las cortapisas a ese principio deberán ser mínimas. Esto se justifica en que no se pueda aludir la ilicitud respecto del promitente que se niega a dar cumplimiento de la promesa, aunque este incumplimiento sea sin causa.

En suma, el principio de libertad matrimonial, unido a los términos del artículo 43 CC, impiden la aplicación de las normas de responsabilidad por los daños originados entre los promitentes, a causa de la ruptura unilateral de la promesa de matrimonio, que excedan de los «gastos hechos» y «obligaciones contraídas» en consideración al matrimonio prometido.

Se trata de una norma de carácter restrictivo que, en aras de la protección de la tutela de la libertad de matrimonio, limita de forma drástica la obligación de reembolso. Obligación que al estar limitada a los gastos y obligaciones contraídas por razón del matrimonio prometido, establece una limitación de responsabilidad patrimonial. Por ello, la necesidad de que

estas partidas guarden una relación de causalidad directa con la promesa de matrimonio.

\*\*\*

El artículo 43 CC limita el **«quantum reembolsable»** al atribuir el precepto relevancia únicamente a las consecuencias directas derivadas del incumplimiento de la promesa de matrimonio -con exclusión de otras-. Esta limitación abarca dos conceptos: los «gastos hechos» y las «obligaciones contraídas» en consideración al matrimonio prometido y, por tanto, de la cantidad resultante de la suma de ambas partidas se deberá restar -cuando exista- el equivalente a la potencial utilidad que estas partidas reembolsables puedan originar al demandante en el futuro.

Respecto a la inexistencia en el CC español, a diferencia de otros códigos extranjeros, de criterio alguno para establecer límites razonables al «quantum reembolsable», conviene precisar que con la Ley 30/1981, de 7 de julio, esta cuestión podría haberse solucionado, como entre otros Códigos europeos, hace el párrafo primero del artículo 81 CC Italiano de 1942, es decir, dentro del límite que corresponda a las condiciones de las partes.

Se exige la adecuación y proporcionalidad de los «gastos hechos» y «obligaciones contraídas» en consideración del matrimonio proyectado a las circunstancias de las partes -aún a pesar del silencio que presenta el artículo 43 CC a este respecto-, lo que resulta acorde con el carácter limitado que presenta el precepto.

En definitiva, la reglamentación del artículo 43 CC solo entrará en juego cuando existan circunstancias que sean constatables jurídicamente, es decir, que los «gastos hechos» u «obligaciones contraídas» se hayan realizado en consideración al matrimonio prometido y, solo serán reembolsables cuando, frustrado el proyecto matrimonial devengan inútiles, de modo que si de alguna manera estos fueran aprovechables o útiles al margen de dicho matrimonio, tampoco a ellos se extenderá la obligación de reembolso.

La legislación española presenta idéntica simetría a la italiana, respecto de la consideración de qué se entiende por **gastos realizados** y, por **obligaciones contraídas**. Por «gastos realizados»: todos aquéllos que se encuentran en inmediata y directa relación con el matrimonio proyectado y que efectivamente hayan sido realizados después de la promesa de matrimonio y, por «obligaciones contraídas»: aquellos otros gastos no incluidos en la partida anterior, aunque necesarios para cumplir las prestaciones futuras a las que se haya obligado el demandante -es decir, el legitimado activamente para el ejercicio de la acción del artículo 43 CC- en función del matrimonio prometido.

Quedan excluidos de dicha conceptualización y, por tanto, del ámbito reembolsable, todos aquellos gastos relacionados con una convivencia previa -cuando no hayan sido realizados en función del matrimonio- y cuya celebración se haya prometido y, las obligaciones que se condicionaron a la existencia del matrimonio o, que se puedan resolver sin perjuicio para el promitente que las asumió.

Frente a la falta de precisión tras la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, respecto de las **donaciones realizadas entre los promitentes**, la correspondencia cruzada, las fotografías y, retratos intercambiables por razón de la promesa de matrimonio, se ha propuesto como posible solución la de incluir en el futuro, dentro de la sección de la promesa de matrimonio, un régimen específico de las donaciones, regalos u obsequios cruzados entre los promitentes e, incluso los realizados por terceros a favor de aquéllos en consideración al matrimonio proyectado.

Las razones que con acierto han motivado esta propuesta son: de una parte, las numerosas sugerencias formuladas por la doctrina; de otra, se alude a la minuciosa y detallada reglamentación del CC portugués, con la finalidad de equiparar esta medida a lo establecido por otros Códigos europeos. Finalmente, la concretada en la sustantividad propia que presenta este tipo de donaciones frente a las realizadas por razón de matrimonio y la necesidad de someter la acción de restitución a un plazo corto de caducidad que podría ser el mismo que prevé el vigente artículo 43. Así como la

conveniencia de indicar que la restitución debería tener lugar con independencia de que la promesa reuniera o no los requisitos previstos por el precepto y, que no debería hacer ninguna distinción en atención a la causa por la que el matrimonio no se contrae.

La solución para el supuesto de **donaciones otorgadas a los prometidos por terceras personas** en caso de ruptura de matrimonio, se encuentra en el artículo 1.342 CC, debido a que al no realizarse el matrimonio prometido -el cual es la causa que motiva la donación-, las donaciones quedarán sin efecto debiendo ser devueltas, ya sean donadas a uno o a ambos prometidos.

Respecto al destino de las **cartas y fotografías que se hayan podido intercambiar los promitentes** y, frente a su inexistente regulación por el CC, somos partidarios de que -aún a pesar del silencio legislativo a este respecto- rota la promesa, cabe el deber recíproco de restitución, ya que los actos de disposición implícitos en ese intercambio de cartas y fotografías entre los promitentes afectan a los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen de las personas. De ahí que deban considerarse subordinados a la celebración del matrimonio y, por tanto, si el matrimonio no se celebra, sean restituidas de forma recíproca por las partes.

\*\*\*

El artículo 43 CC solo contempla el reembolso de los «gastos hechos» y «obligaciones contraídas» realizados «en consideración» del matrimonio prometido, por tanto, excluye de su ámbito de aplicación el reembolso del **lucro cesante**, es decir, aquellos otros daños patrimoniales no reconducibles a las partidas anteriores. Por tanto, el reembolso se limita al «interés negativo», es decir, a los gastos consumados en contemplación del contrato proyectado, con exclusión del lucro cesante.

Sin embargo, distinto es que tal conclusión sea adecuada con los denominados «criterios de justicia material», ya que desde la perspectiva de la relación de causalidad -que es la que el legislador español tiene presente en el artículo 43 CC «en consideración»- no se comprende por qué se debe excluir del ámbito indemnizable el lucro cesante cuando éste se haya dejado

de percibir en consideración al matrimonio prometido. Por tanto, una cosa será que la protección de la confianza se deba limitar en tema de promesa de matrimonio y, otra distinta, limitar de forma arbitraria el ámbito económico del resarcimiento cuando lo gastado o dejado de percibir responda a un mismo fundamento, es decir, la ruptura sin causa de la promesa con posterioridad.

Supuestos en los que resulta inaplicable el artículo 1.902 CC tanto por la exclusión de la ilicitud de la conducta derivada del incumplimiento de la promesa de matrimonio aún sin causa, como por el carácter de «formula cerrada» que se adopta por el legislador, en cuanto al resarcimiento, al establecer el artículo 43 «sólo producirá».

Téngase presente que esta ruptura del matrimonio se configura como un hecho lícito y no antijurídico en el que de forma excepcional y conforme a los principios de equidad, el legislador obliga al reembolso de unos reducidos daños patrimoniales, de forma tal, que estos gastos y obligaciones contraídos en consideración a la celebración del matrimonio prometido son los únicos que la ruptura de la promesa sin causa puede ocasionar.

En definitiva, nuestro legislador al igual que el legislador italiano refuerza el alcance limitado de la responsabilidad por incumplimiento de la promesa de matrimonio, por lo que, de modo directo, una ruptura sin causa no dará origen a responsabilidad, ni por los daños patrimoniales, ni por los morales, puesto que ha previsto expresamente las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de la promesa y las ha circunscrito al reembolso de los «gastos hechos» y «obligaciones contraídas» en consideración al matrimonio prometido, por lo que aquéllos otros daños quedan fuera del ámbito del precepto. Por tanto, en estos supuestos en los que se produce un daño patrimonial que excede de las partidas previstas por el artículo 43 CC y que son susceptibles de reparación, resulta prácticamente indiscutible que procederá el recurso a la acción por enriquecimiento sin causa, excluyéndose de raíz la aplicación del artículo 1.902.

Al igual que en el caso del lucro cesante, del tenor literal del artículo 43 CC, resulta evidente que la acción que de él se deriva no incluye la **indemnización de los daños morales** que se pudieran derivar de la ruptura de la promesa para el promitente dispuesto a contraer el matrimonio prometido. Los términos «gastos hechos» y «obligaciones contraídas», contenidos en el precepto resultan terminantes al respecto.

Respecto a los **daños que no encuentran su fundamento directo en el incumplimiento de la promesa de matrimonio** –es decir, daños patrimoniales indirectos-, sino en otros hechos en los que la inejecución de la promesa constituye un hecho más en la realización del daño, aunque no sea exclusivo del mismo, conviene precisar que aunque quedan fuera del ámbito del artículo 43 CC, no significa que no puedan ser reparados al amparo del artículo 1.902 CC, siempre que el comportamiento pueda ser catalogado como culpable. Culpa que deberá consistir en la causación -entre los prometidos- de los daños a indemnizar conforme a las reglas generales -injurias, calumnias, o por lesiones corporales- fundados en otros hechos distintos del incumplimiento, pero no en el incumplimiento de la promesa o, en la circunstancia de dar motivo al otro promitente para su incumplimiento.

El artículo 1.902 CC, será de aplicación cuando si de la ruptura de la promesa unida a otras circunstancias, se originasen otros daños distintos susceptibles de indemnización. Adicionalmente, sí las condiciones del caso concreto permiten probar la culpa del promitente incumplidor de la promesa, será de aplicación en caso de resarcimiento de daños morales lo preceptuado por el artículo 1.902 CC, conforme a la inexistencia de los requisitos que debe presentar la promesa -certeza y seriedad- para que sea válida y, a la contradicción que se evidencia en el promitente conforme a su disconformidad entre la voluntad pronunciada y su verdadera intención –intención concretada en liberarse del cumplimiento de la promesa dada-. Por tanto, en estos supuestos procederá lo establecido por el artículo 1.902 y no lo previsto por el artículo 43 CC, el cual únicamente tendrá cabida

cuando las circunstancias del caso concreto no permitan probar la culpa del incumplidor y los demás requisitos previstos por el artículo 1.902.

\*\*\*

En la actualidad, al igual que en otros Códigos europeos **la obligación de «resarcir» derivada de la ruptura** «sin causa» de la promesa de matrimonio a que alude el párrafo primero del artículo 43 CC no debe ser entendida como sinónimo de una obligación de indemnizar daños y perjuicios por aplicación de las normas de responsabilidad contractual o extracontractual, ya que la promesa ni contiene obligación alguna ante el derecho, ni es constitutiva de negocio jurídico exigible que permita entender que el efecto excepcional que prevé para el supuesto de ruptura «sin causa» sea resultado de la tutela del Derecho de daños en general.

El incumplimiento «sin causa» de la promesa, debe considerarse como hecho lícito, no antijurídico, que el Ordenamiento permite, fundado en el ejercicio del principio de libertad de matrimonio y, no como un hecho ilícito imputable a la parte que se retracta, ya que no se trata de una indemnización en sentido técnico, puesto que ni hay culpa, ni daños, debido a que se habla de «gastos». Sin embargo, esta ausencia de causa en el comportamiento de una de las partes, obliga a reembolsar -a la otra parte- unos limitados gastos y obligaciones contraídos a causa del proyectado matrimonio, debido a su consideración como daños lícitos al patrimonio de la parte que los ha desembolsado o contraído como consecuencia de la celebración del futuro matrimonio. De ahí que el término impropriamente calificado en el artículo 43 CC como «resarcir [...] los gastos», deba ser entendido como sinónimo de «reembolso» de unos determinados gastos.

La ubicación de la naturaleza de la promesa de matrimonio en el ámbito de la confianza, ha planteado la cuestión sobre la apreciación técnica de la potencial defraudación ulterior de la confianza. En este sentido, se ha tratado de explicar las consecuencias patrimoniales subsiguientes al incumplimiento sin causa mediante el recurso a la «culpa in contrahendo». Sin embargo, situar estas consecuencias en el ámbito de la defraudación de

la confianza no debería llevar de modo necesario a calificar el supuesto de <culpa in contrahendo>, ya que no lo es en puridad. En suma, quien realiza una promesa de matrimonio, no queda –necesariamente- obligado a celebrar el futuro matrimonio prometido. Por otra parte, con el incumplimiento de la promesa, se ejercita la libertad de matrimonio, sin que por ello se derive responsabilidad alguna. No obstante, el Derecho advierte que quien recibe la promesa puede confiar en que no dejará de ser mantenida sin causa y, en que no se incumplirá de forma arbitraria.

El fundamento de la obligación resarcitoria del artículo 43 CC debe situarse en el empobrecimiento injusto, definido como aquél que es repercutible en persona diferente de quien lo sufre. Este perjuicio se fundamenta en que ha sido asumido por el promitente destinatario de la promesa en consideración del matrimonio proyectado.

\*\*\*

De conformidad con el artículo 43 CC -precepto que presenta un perfecto paralelismo con el artículo 81 CC italiano de 1942- la **legitimación pasiva** compete al promitente que operó la ruptura o rehusó cumplir la promesa de matrimonio, es decir, que recae, de forma alternativa, bien sobre el prometido que se niega sin causa o, sobre aquel otro que con su propia culpa ha dado causa a la negativa de la contraparte a celebrar el matrimonio. Mientras que la **legitimación activa**, corresponderá <a la otra parte>, es decir, al futuro promitente víctima del incumplimiento o, a quien la otra parte le niega el matrimonio sin causa.

La inexistencia por el precepto de prohibición expresa del ejercicio de la acción por persona distinta al promitente, y, teniendo presente que el derecho a obtener tutela judicial es un derecho fundamental, sería lógico extender la legitimación activa a los padres, familiares o terceros, puesto que, frecuentemente, dichos gastos son efectuados por éstos. Por tanto, su ampliación –al socaire de la tutela efectiva- podría tener lugar al amparo de las obligaciones solidarias, siendo necesario para ello admitir que el hecho



de haber contribuido a los gastos de un futuro matrimonio podría otorgarles –en los supuestos del artículo 43 CC-, la legitimación activa para el ejercicio de las acciones.

En la legislación española -a diferencia de otras- no se contempla la posibilidad de que personas distintas de los promitentes ostenten la legitimación activa para ejercitar la acción de reembolso de los «gastos hechos» u «obligaciones contraídas» en consideración al matrimonio proyectado y no celebrado. No obstante, estos sujetos carentes de titularidad de una posición jurídica equiparable al prometido abandonado [art. 43 CC] y, que hubiesen desembolsado sumas económicas de forma voluntaria, podrán hacer valer la ineficacia de las donaciones efectuadas a los promitentes por la vía del artículo 1.342 CC.

\*\*\*

En la legislación española, con la introducción por el vigente artículo 43 CC del término «la acción caducará», se consigue una mayor precisión técnica que con el genérico «sólo podrá ejercitarse». Este pronunciamiento expreso de caducidad, comporta que no le sean de aplicación, ni las normas sobre interrupción legal, ni las de suspensión de la prescripción. De modo que la interrupción de la acción será consecuencia de la presentación de la demanda.

En la legislación italiana y, aún a pesar de la falta de inexactitud que presenta el artículo 81 CC, la doctrina italiana se pronuncia de forma unánime al calificar este plazo de caducidad y no de prescripción.

\*\*\*

El Ordenamiento español también es simétrico al italiano, en lo que se refiere a **la carga de la prueba**: al actor le corresponderá demostrar la existencia de la promesa de matrimonio; el incumplimiento consistente en la negativa –que requiere de prueba fehaciente- de la otra parte a contraer dicho matrimonio y, la existencia y cuantía de los gastos efectuados y obligaciones contraídas, así como la finalidad por la que fueron realizados.

Mientras que al demandado le incumbirá probar: que el consentimiento prestado para la promesa de matrimonio estaba viciado o, que la promesa de matrimonio no era cierta; que ha habido causa de ruptura o, que él no ha dado causa alguna a la ruptura del actor; que ha transcurrido el plazo de caducidad establecido por el precepto o, finalmente, que concurre alguna de las causas que dan origen a la extinción de la promesa de matrimonio, es decir, los hechos impositivos o extintivos de aquella pretensión.

Adicionalmente, en la legislación italiana también el actor deberá probar la culpa de la otra parte determinante de su justa negativa -en caso de que el resarcimiento sea requerido conforme al párrafo segundo del artículo 81 CC-. Mientras que, si la parte demandada fuera absuelta de la obligación en cuestión, deberá probar que su negativa se debió a una justa causa. Asimismo, este último podrá probar la desproporción existente entre los gastos efectuados y la condición económica que ostenta el perjudicado, con la finalidad de obtener una reducción del "*quantum*" del resarcimiento.

\*\*\*

Con el nuevo CC italiano de 1942 se modifica el sistema de la promesa de matrimonio, al que se le añadiría un nuevo precepto dedicado a la restitución de las donaciones. Por su parte, la Ley 151, de 19 de mayo de 1975, modifica la primera parte del artículo 81, adecuándolo a la autorización de menores del artículo 84. Se convierten los artículos 53 y 54 del Código de 1865 y el 81 del Código de 1942, en los vigentes 79, 80 y 81 integrados en el Libro I, Título IV *Del Matrimonio*, Capítulo I *Della promessa di matrimonio* y, se abandona la antigua terminología, introduciéndose algunos cambios que aclaran determinados extremos de la figura.

La regulación prevista en el CC italiano, responde a una responsabilidad *ex lege*, fundada en una obligación resarcitoria derivada del incumplimiento de la promesa de matrimonio, destacándose el hecho de que se limita la responsabilidad a la culpa del promitente y, se limita el alcance del resarcimiento a las condiciones patrimoniales de las partes.

Adicionalmente, establece un plazo de la acción tanto para el resarcimiento del daño, como para la restitución de los regalos, sujeto a un breve plazo de caducidad –admitida por doctrina– de un año, otorgándose seguridad jurídica. También, es relevante la limitación de la medida del daño resarcible a los gastos efectuados y a las obligaciones contraídas a causa de la promesa de matrimonio, así como el *quantum* del resarcimiento de éstos.

Todo lo anterior avala la exigibilidad de la restitución de los regalos o, del resarcimiento derivado por los daños originados del incumplimiento de la promesa del matrimonio proyectado por los promitentes.

\*\*\*

Como se ha dicho, el **principio de libertad matrimonial** constituye el fondo sobre el que se asienta la disciplina de la institución de la promesa de matrimonio [arts. 79-81 CC].

En la legislación italiana, aunque estos preceptos contienen cuatro reglas dictadas en torno a este tema, lo cierto es que las dos primeras tutelan de forma respectiva de modo directo o indirecto la libertad matrimonial y hacen referencia a la inexistencia de vinculación jurídica de la promesa, contenida en el artículo 79.

En este Ordenamiento jurídico, la promesa simple confiere al prometido la facultad de solicitar la restitución de los regalos dados como consecuencia de la promesa de matrimonio realizada, mientras que la promesa solemne únicamente obliga al resarcimiento de los daños por el prometido que sin justo motivo decide incumplirla o, que con su comportamiento culpable da justo motivo a la otra parte de negarse a realizarla.

\*\*\*

Los regalos realizados entre los prometidos a causa de la promesa de matrimonio, son dictados por impulsos de orden sentimental que se justifican en la relación especial existente entre los promitentes. Es decir,

responden a la exigencia de manifestar un verdadero y propio afecto sentimental, conforme a la existencia de la promesa en sí misma.

El Ordenamiento italiano contempla dos disposiciones relativas a las **donaciones realizadas entre los prometidos**: las establecidas en el artículo 80 y, las previstas por el artículo 785 CC. De la combinación de ambos preceptos surge la existencia de dos tipos de donaciones o regalos: las donaciones realizadas "*in riguardo di un determinato futuro matrimonio*" que se encuentran condicionadas a la celebración del matrimonio, con el objeto de contribuir al apoyo de la futura unión matrimonial- y, las donaciones "*fatti a causa della promessa di matrimonio*" inmediatamente eficaces, de las que es posible solicitar su restitución en caso de incumplimiento del compromiso, pero que presentan un régimen cuya *ratio* es difícil de explicar.

Por cuanto al **fundamento de la obligación de la restitución de los regalos**, conviene precisar que resulta más razonable la reconstrucción de la figura, como un fenómeno similar al concretado en la revocación de las donaciones. Además, la propia jurisprudencia es la que tiende a atribuir a este instituto los caracteres propios de una solución de tipo resolutoria de los efectos de un negocio eficaz por sí mismo, reconociendo a la parte que solicita la frustración de la situación del contrato, el derecho a exigir la rescisión del mismo.

No se considera que deban ser restituidos los regalos de inmediata y rápida consumación, salvo en caso de bienes consumibles que tengan un significado económico independiente en los que se prevé la restitución de éstos por su equivalente.

**La acción de la restitución de los regalos**, se trata de una acción de revocación, en la que el titular del Derecho se encuentra habilitado para cumplir satisfacciones de carácter coercitivo, pero la otra parte no queda liberada de la obligación de restitución de los regalos que no han sido destruidos debiendo, por tanto, abonar su valor.

Análogamente, la naturaleza de esta acción ha sido considerada por doctrina de forma alternativa, bien como un caso particular de revocación de los regalos -bajo la creencia de que se está en presencia de una acción personal con efectos reales, no muy diferente de la hipótesis de revocación de las donaciones [art. 800 CC]- o como una acción de repetición indebida [art. 2.037 CC], con la premisa de que la demanda tiende en primer término a aceptar el carácter indebido de la atribución como una condición preliminar a la solicitud de repetición. Esta alternativa se prevé como una solución a las múltiples cuestiones que podrían surgir en relación a la restitución de los regalos prenupciales -pérdida, alienación, deterioramiento de los bienes donados a los novios, gastos [...]-.

\*\*\*

Los requisitos que debe reunir la promesa de matrimonio para poder fundar de forma válida la **obligación restitutoria**. Son: Que sea realizada mutuamente -es decir, que exista una promesa de carácter recíproco-; Que haya sido estipulada de forma escrita en documento público o privado o, sea resultado de la publicación de proclamas y, que provenga de una persona mayor de edad o de un menor de edad admitido para contraer matrimonio, es decir, que se encuentre dotado de la capacidad requerida para poder contraer matrimonio [art. 84 CC]. Se evidencia el perfecto paralelismo que presenta la norma con la capacidad para contraer nupcias.

La promesa de matrimonio es la base de las consecuencias que se derivan de su negativa. Requiere de la seriedad necesaria y se debe referir a un matrimonio que sea posible, es decir, a un real y preciso intento de contraer nupcias. Para que sea de aplicación lo establecido por el artículo 81 CC se debe tratar de una promesa posible, pero sobre todo de una promesa seria. Seriedad que tiene como finalidad distinguir la situación de una verdadera promesa de las relaciones entre parejas.

\*\*\*

El resarcimiento del daño por incumplimiento de la promesa de matrimonio está vinculado a la ruptura injustificada de aquélla. De modo

que la ruptura de la promesa se configura como una fuente de la obligación resarcitoria cuando no exista una *justa* causa. Por ello, en la práctica la apreciación de la justificación o no de la negativa a la celebración de la boda, en relación al comportamiento culpable de la otra parte que había dado causa, se realiza con referencia a la relación conyugal real. Se trata de un hecho que se mueve sobre un plano que no es aquel contractual del que sería más propio una tipificación de los presupuestos mismos objeto de protección.

En el Ordenamiento italiano, este reconocimiento se limita únicamente al supuesto en que la ruptura de la promesa tenga lugar por la culpa del prometido de aquél distinto al que ha sufrido el daño. Culpa prevista, alternativamente, en dos supuestos: a) Que la negativa a la celebración del matrimonio tenga lugar sin justa causa, obligando al promitente a resarcir el daño originado a la otra parte y, b) Cuando la justa causa constituya elemento constitutivo de la responsabilidad de aquél que aunque no ha manifestado su negativa, ha determinado culposamente la negativa justificada de la otra parte. De modo que no serán reconducibles a la noción de justo motivo ni aquellos supuestos en los que se dé la consideración relevante de la subsistencia de ciertas razones apreciables y serias que sean contrarias a la celebración del matrimonio, ni aquellas otras de las que se tenía constancia en el momento de la promesa y que habrían disuadido a los prometidos de concluirla.

En la legislación italiana, los Jueces, como norma, suelen adoptar un criterio de carácter relativo, no estrictamente jurídico del concepto de justa causa, ya que prescinden de cualquier específica referencia normativa, con la pretensión de realizar un juicio de carácter no jurídico y, por tanto, la existencia o no de justa causa se debe localizar fuera de los términos establecidos por Ley.

\*\*\*

En el Ordenamiento italiano, el **fundamento de la responsabilidad derivada de la ruptura de la promesa de matrimonio**, se encuentra en que la obligación de resarcimiento derivada de la ruptura de la promesa –la cual ni origina vínculo alguno entre las partes, ni produce obligación legal de contraer el matrimonio proyectado- ni encuentra su fundamento en un acto ilícito, ni en un incumplimiento del contrato, sino directamente en la Ley, por tanto, se trata de una responsabilidad *ex lege*, fundada en una obligación resarcitoria no reconducible a la vulneración del acuerdo negocial o a la realización de un acto ilícito.

\*\*\*

Respecto de **la obligación del resarcimiento del daño** derivado por el incumplimiento de la promesa de matrimonio, se establecen dos criterios objetivos o limitativos: De una parte, una limitación de orden cualitativa, es decir, la existencia de un nexo de causalidad directa entre los gastos realizados u obligaciones contraídas y la promesa de matrimonio, conforme a la inherencia que presentan éstos respecto de la promesa y del matrimonio proyectado, ya que se tratan de conceptos que no habrían tenido lugar de no mediar la promesa y, que como consecuencia de su incumplimiento constituyen un daño directo e inmediato; De otra, una limitación de orden cuantitativo -criterio de proporcionalidad- que será fundamental en la determinación del “*quantum*” del resarcimiento del daño y, que deberá ser resarcido dentro de los límites en los que estos conceptos se correspondan con las condiciones que manifiesten las partes.

En la legislación italiana, se determinan los gastos realizados y obligaciones contraídas susceptibles de la obligación de resarcimiento de los daños originados por la ruptura de matrimonio, concretándose a estos conceptos –y no a otros- el ámbito resarcitorio y, se limita –a diferencia del Ordenamiento español- el “*quantum*” del resarcimiento de éstos.

\*\*\*

**El plazo de la acción tanto para el resarcimiento del daño, como para la restitución de los regalos**, se encuentra sujeto al breve plazo de un año,

limitándose únicamente durante este periodo de tiempo el ejercicio de una acción que tiene como efecto hacer públicos los datos más íntimos y delicados de la vida familiar.

En la legislación italiana, el plazo de la acción abarca los Derechos patrimoniales y disponibles –no afectando a los intereses de orden público-, de modo que no será relevante de oficio [art. 2965 CC] y, la caducidad se podrá prevenir mediante el reconocimiento que la otra parte realice del derecho de la contraparte a la restitución de los regalos o del resarcimiento de los daños, supuesto en el que la acción podrá ser propuesta dentro del plazo ordinario –decenal- de prescripción [arts. 2.964, 2.966 y 2.967 CC]. Con la consecuencia inmediata de que la relativa excepción, se constituirá como una excepción en sentido estricto y, por tanto, le será de aplicación lo establecido por el artículo 2.697 CC, por lo que será objeto de carga probatoria a cargo de aquél que declare la extinción del derecho del actor, de modo que la eventual situación de incerteza en orden a la determinación de la fecha de la ruptura de la promesa estará en detrimento de este último.

\*\*\*

En cuanto a la concreción del “*dies a quo*”, al igual que en el caso de la restitución de los regalos, el artículo 81 CC establece que comenzará a contar desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio, es decir, desde el día que tuvo lugar el incumplimiento, con la finalidad de garantizar por el juez, caso por caso.

La imprecisión que presenta el momento de inicio de su cálculo, es debida a que se trata de un hecho de carácter negativo que puede presentar serias dudas de hecho sobre la cuestión del día o momento en que dicha negativa queda acreditada, por lo que por analogía se admite conforme a lo establecido por el artículo 1.183 una especie de “*actio interrogatoria*” contra la parte vacilante, mientras que en caso de que la promesa de matrimonio resulte de la publicación de proclamas, se entiende razonable que el plazo coincida con los 180 días previstos para la utilidad de las acciones previas.



Respecto de la **demanda**, podrán inferir en el mismo juicio, bien a nivel de acumulación o reconvención, al tratarse de reclamaciones recíprocas dependientes de un título común reducido al incumplimiento de la promesa de matrimonio.

La competencia territorial para el ejercicio de la acción, se realizará de forma alternativa, [arts. 18 y 20], por lo que al tratarse de obligaciones resarcitorias y, teniendo presente la particular naturaleza del daño, el lugar donde la obligación surgió se identificará normalmente con el domicilio del acreedor que es donde el daño se ha producido, mientras que el “*forum destinatae solutiones*” coincidirá con el del deudor [art. 1.182. 4 CC].

\*\*\*

En conclusión, la disciplina legislativa dictada en materia de promesa de matrimonio se debe configurar como la garantía plena e incondicional del principio de libertad matrimonial estableciendo, a tal efecto, el carácter no vinculante y, por tanto, incoercible de la promesa a la celebración de las nupcias, ya que al no ser ésta fuente de obligación imposibilita su exigencia de forma coactiva, puesto que su incumplimiento no produce consecuencias distintas de las previstas de forma taxativa por la Ley. Por ello, la incoercibilidad deriva de la esencia misma del matrimonio fundado sobre el principio de la plena libertad del consentimiento de los contrayentes que existe hasta el mismo momento de la celebración de las nupcias y, en consecuencia, se manifiesta en la libre elección del futuro cónyuge que, en el momento de la celebración no se puede limitar a una promesa. De ahí que se subraye por el Ordenamiento italiano que la manifestación de su propia voluntad a la contraparte de contraer matrimonio aunque sea realizada de forma expresa, lo cierto es que no produce ningún efecto coercible.



## BIBLIOGRAFÍA



AA.VV: *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, en que se reforma la Recopilación publicada por el Sr. D. Felipe II en el año de 1567, reimpressa últimamente en el de 1775 y se incorporan las pragmáticas, cédulas hasta el año 1804, Vol. IV, 1975.

ABAD ARENAS, Encarnación y MORETÓN SANZ, M.<sup>a</sup> Fernanda: «Responsabilidad por ruptura de promesa de matrimonio: Acción de resarcimiento de gastos y Obligaciones por el incumplimiento sin causa de los esponsales», en *RCDI*, 739, pp. 3496-3521.

ACHILLES, Alexander, GERHARD, Albert, e SPAHN, Peter: *Protokolle der Kommission für die zweit Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, IV, Berlin, 1987.

AGUILERA Y VELASCO, Alberto: *El Código civil italiano, comentado, concordado y comparado con las Legislaciones vigentes en Europa y América*, Librería Universal de Córdoba y Compañía, Madrid, 1881.

ALBACAR LÓPEZ, José Luis: *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Madrid, 1991.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *El negocio jurídico*, Librería Bosch, Barcelona, 1958.

--: *Instituciones de Derecho Civil. II. Derecho de Bienes, Familia y Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1975, 2.<sup>a</sup> ed.

--: *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*, Librería Bosch, Barcelona, 1982.

--: *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*, Librería Bosch, Barcelona, 1987, 3.<sup>a</sup> ed.

--: *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*, Edisofer, Madrid, 2002, 6.<sup>a</sup> ed.

--: *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*, Edisofer, Madrid, 2006, 10.<sup>a</sup> ed.

ALBANESE, Bernardo: *Gli atti negoziali nel Diritto privato romano*, Pubblicazioni del Seminario giuridico dell'Università di Palermo, Palermo, 1982.

--: *Il proceso privato romano delle legis actionis*, Palermo, 1987.

--: «Brevi studi di Diritto romano. VIII. Verbis obligatio e sponsalia in Varrone», in *AUPA*, n. 43, 1992, pp. 134 a 167.

--: «Verbis obligatio e sponsalia in Varrone», dans Brevi studi di Diritto romano, in *AUPA*, n. 43, 1992, pp. 134 a 167.

ALBERTARIO, Emilio: «Sulla dotis datio ante nuptias», in *Rendiconti del R. Istituto Lombardo di Science e Lettere*, 58, 1925, pp. 247 a 263 (in *Studi di diritto romano*, Milano 1933, I, pp. 319 a 336).

ALESSANDRI, Alessandro: «La promessa di matrimonio», in *Le Fonti del Diritto Italiano. I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza. Codice civile*, a cura di Pietro RESCIGNO, T. I, Libri I-IV, con il coordinamento di Gianpiero PALO CIRILLO; Vincenzo CUFFARO e Federico ROSELLI, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2005, 5.<sup>a</sup> ed., pp. 111 a 117.

--: «La promessa di matrimonio», in *Le Fonti del Diritto Italiano. I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza. Codice civile*, a cura di Pietro RESCIGNO, T. I, Artt. 1-1753, con il coordinamento di Gianpiero PALO CIRILLO; Vincenzo CUFFARO e Federico ROSELLI, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2008, 8.<sup>a</sup> ed., pp. 152 a 157.

ALFONSO X: *La tercera partida*, Madrid, 1611.

--: *El Fuero Real de España*, diligentemente hecho por el noble Rey DON ALFONSO IX: Glosado por el egrerio D. Alonso DÍAZ DE MONTALVO. Asimismo por un sabio doctor de la Universidad de Salamanca adicionado, y concordado con las siete Partidas, y Leyes el Reyno: dando à cada Ley la adicion que convenia, T. II, Madrid, 1781.

--: *Las siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia*. T. III, Partida Cuarta, Quinta, Sexta y Séptima, Madrid, 1807.

--: *Las siete partidas del Sabio Rey don Alfonso el IX, con las variantes más interés, y con la glosa del Lic. Gregorio LÓPEZ, del Consejo real de Indias, de S. M.*, 4 tomos, Ignacio SAPONT Y BARBA, Ramón MARTÍ DE EIXALÁ y José FERRER Y SUBIRANA, ed. Barcelona: Imprenta de Antonio Bergnes, 1843.

ALIGHIERI, Dante: *Inferno, Canto XVIII*, 2006.

ALONSO PÉREZ, Mariano: «La responsabilidad precontractual», en *RCDI*, 1971, pp. 857 a 922.

ALPA, Guido e GAROFOLI, Roberto: *Codice Civile Annotato con la giurisprudenza. Aggiornato al Decreto Legislativo approvato il 1 agosto 2008 recante modifiche in tema di s.p.a.*, Nel diritto editore, 2008.

ALVAR EZQUERRA, Jaime: Vocablo «Fuero», en *Diccionario de historia de España*, Madrid, 2003, pp. 302 a 304.

ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino: *Curso de Derecho romano*, Fasc. II, *Derecho procesal civil romano*, Madrid, 1950.

ANDRIOLI, Virgilio: *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979.

AQUINO e TALLARINA, Roberto: «La promessa di matrimonio», in *Il Diritto di famiglia nei novi orientamenti giurisprudenziali*, diretto da Giuseppe CASSANO, I, *Famiglia e matrimonio*, trattati a cura di Paolo CENDON, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2006, pp. 86 a 121.

ARANGIO-RUIZ, Vicencio: «Sponsio e Stipulatio, nella terminología romana», in *BIDR*, n. 4, Vitorio SCIALOJA, 1962, pp. 193 a 222.

--: *Instituzioni di Diritto Romano*, Casa Editrice Dott.-Eugenio Jovene, Napoli, 1989, 14.<sup>a</sup> edizione riveduta ristampada anastatica.

- ARIAS BAUTISTA, María Teresa: *Barraganas y concubinas en la España medieval*, Sevilla, 2010.
- ARRAZOLA, Lorenzo: *Enciclopedia de Derecho y Administración o Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indias*, T. IX, Madrid, 1856.
- ASTOLFI, Riccardo: «Il fidanzamento nella *Lex Iulia et Papia*», in *Studi in onore di Edoardo VOLTERRA*, III, Milano, 1971, pp. 671 a 694.
- : *Il Fidanzamento del Diritto Romano*, Casa Editrice Dott-A. Milani, Milano, 1994, 3.<sup>a</sup> ed.
- : *La Lex iulia et Papia*, Cedam, Padova, 1996, 4.<sup>a</sup> ed.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel: «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código civil», en *Comentarios al Código Civil*, Joaquín RAMS ALBESA, y Rosa M.<sup>a</sup> MORENO FLÓREZ (coord.), Bosch, Barcelona, 2000, pp. 467 a 481.
- AULETTA, Tommaso: *Il Diritto di Famiglia*, G. Giappichelli editore, Torino, 2002, 6.<sup>a</sup> ed.
- : *Il Diritto di Famiglia*, G. Giappichelli editore, Torino, 2008, 9.<sup>a</sup> ed.
- AUTORINO STANZIONE, Gabriela: «Della Promessa di Matrimonio», in *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Pietro PERLINGIERI, Libro I, *Delle persone e della famiglia*, Artt. 1-455, Zanichelli editore, 1994, pp. 469 y ss.
- ÁVILA MARTEL, Almiro: «Antecedentes españoles de la Pragmática de 1776», en *RChD*, n. 6, editorial jurídica de Chile, 1970, pp. 336 a 340.
- AZZARITI, Giuseppe e SCARPELLO, Cosimo: *Della decadenza. Commentario del codice civile*, a cura di Antonio SCIALOJA e Guiseppe BRANCA, Bologna-Roma, 1964, 2.<sup>a</sup> ed.
- AZZARITI, Francesco Saverio; MARTINEZ, Giovanni e AZZARITI, Giuseppe: *Diritto civile italiano*, I, Padova, 1943.
- : *Diritto civile italiano*, I, Padova, 1948.



BADOSA COLL, Ferrán: «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 99 a 117.

--: «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil*, Cándido PAZ ARES, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CODERCH (dirs), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 256 a 261.

BALAGUER, Víctor: *Historia de Cataluña y de la corona de Aragón*, T. III, Librería de Salvador Manero, Barcelona, 1862.

BALESTRI FUMAGALLI, Marcella: voce «Sponsali (Diritto romano)», in *Enc. dir.*, n. 43, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1990, pp. 500 a 509.

--: «Note minime sulla speranza», in *SDHI*, n. 61, 1995, pp. 863 a 873.

BAÑARES, Juan Ignacio: «Comentario a los cánones generales (cc. 1055-1062)», en Vv. AA *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, Vol. III-2, (obra coordinada y dirigida por Angel MARZOA, Jorge MIRAS y Raphael RODRÍGUEZ-OCAÑA), Eunsa, Pamplona, 2002, pp. 1042 a 1105.

BARASSI, Lodovico: «Natura ed effetti della promessa di matrimonio», in *Nuovo dir.*, 1940, pp. 281 a 283.

--: *La famiglia legittima*, Milano, 1941.

BARBERO, Domenico: *Sistema istituzionale di diritto privato*, I, UTET Giuridica, Torino, 1950.

--: *Sistema del Diritto Privato italiano*, I, Torino, 1962.

BARÓ PAZOS, Juan: *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1992.

BARRERO GARCÍA, Ana María: *El Fuero de Teruel: su historia, proceso de formación y reconstrucción crítica de sus fuentes*, Instituto de Estudios Turolenses, Madrid, 1979.

- BASINI, Giovanni Francesco: *Le promesse premiali*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2000.
- BATIFFOL, Henri y LAGARDE, Paul: *Droit internacionál privé*, T. II, Ed. LGDJ, Paris, 1983.
- BATTISTAE DE LUCA, Giovanni: *Theatrum veritatis et justitiae*, liber VI, *De dote*, Venetiis, 1706.
- BAUTISTA FERRERES, Juan: *Los esponsales y el matrimonio, según la disciplina del Código canónico. Comentario canónico-moral*, Madrid, 1927.
- BELDA SOLER, Marie Ángeles: *El régimen matrimonial de bienes en los Furs de València*, Valencia, 1966.
- BENAVIDES CHECA, José: *Fuero de Plasencia*, Roma, 1896.
- BENITO GOLMAYO, Pedro: *Instituciones del Derecho Canónico*, T. II, Madrid, 1859.
- : *Instituciones de Derecho Canónico*, T. II, Librería Sánchez Imprenta Peñuelas, Madrid, 1866, 2.<sup>a</sup> ed.
- : *Instituciones de Derecho Canónico*, T. II, Librería Sánchez Imprenta Peñuelas, Madrid, 1874, 4.<sup>a</sup> ed.
- BERARDI, Caroli Sebastiani: *Commentaria in jus Ecclesiasticum*, III, Venetiis, 1789.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo: «Las parejas de hecho», *ArC*, 1992, I, pp. 1813 a 1844.
- : *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- BERNARD MAINAR, Rafael: *Derecho Romano. Curso de Derecho Privado Romano*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2001.
- BIANCA, Massimo: *Diritto civile. V. La responsabilità*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1994.

- : *Diritto civile. II. La famiglia. Le successioni*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2001, 3.<sup>a</sup> ed., riveduta e aggiornata.
- : *La famiglia. Estratto per i corsi universitari dalla quarta edizione del Diritto civile*, Vol. II, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2005.
- BIANCA, Massimo, PATTI, Salvatore e PATTI, Guido: *Lessico di Diritto civile*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1991.
- BIANCHI, Francesco Saverio: *Corso di Codice civile italiano*, Vol. I, Torino, 1893.
- BIONDI, Biondo: *Il Diritto romano cristiano. 3. La famiglia. Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico*, Milano, 1954.
- : *Il Diritto Romano*, Licino Cappelli editore, Bologna, 1957.
- : *Le donazioni*, Torino, 1961.
- : «Sponsio e Stipulatio. Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garanzie personale», in *BIDR*, n. 65, 1962, pp. 105 a 127.
- : *Instituzioni di Diritto Romano*, ristampa inalterata della 4.<sup>a</sup> edizione ampliata ed aggiornata, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1972.
- BLEIBERG, Germán: Vocablo «Fuero», en *Diccionario de historia de España*, T. II, Madrid, 1968, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 142 a 148.
- BOCCHINI, ERMANNO: «Sulla restituzione dei doni tra fidanzati, nota a Trib. Napoli, sent. 29 luglio 1965, in *Dir. e giur.*, Vol. 81, n. 1. 1966, pp. 62 a 69.
- BONET, Ramón: *Compendio de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- : *Código civil comentado*, Ed. Aguilar, Madrid, 1969.
- BONFANTE, Pietro: *Corso di Diritto romano. I. Diritto di famiglia*, Roma, 1925, ristampa corretta della 1.<sup>a</sup> edizione a cura di Giuliano BONFANTE E Giuliano GRIFO con l'aggiunta degli indici delle fonti, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1963.

- BONILINI, Giovanni: *Nozioni di diritto di famiglia*, UTET Giuridica, Torino, 2002.
- : «Il matrimonio», in *Diritto Civile*, diretto da Nicolò LIPARI e Pietro RESCIGNO, coordinato da Andrea ZOPPINI, Vol. I, *Fonti, Soggetti, Famiglia, II, La Famiglia*, Dott. A. Giuffrè editore, 2009, pp. 86 a 112.
- : *Manuale di Diritto di Famiglia*, UTET Giuridica, Torino, 2010, 5.<sup>a</sup> ed.
- BORGUESE, Felice: «Il risarcimento dei danni alla donna sedotta», in *Foro It.*, IV, 1950, pp. 127 a 137.
- BORRELLI, Paola: «Il divieto di matrimonio tra tutore e pupilla», in *Labeo*, n. 43, 1997, pp. 365 a 389.
- BRANCA, Giuseppe: *Instituciones de Derecho privado*. Traducido de la sexta edición Italiana por Pablo MACEDO, Ed. Porrúa, México, 1978.
- BRANDILEONE, Francesco: «Contributo alla studio della subarrhatio», in *Studi per il cinquantesimo anno d'insegnamento di Enrico PESSINA*, Napoli, 3, 1899, pp. 229 a 258, ripubblicato in *Saggi sulla storia della celebrazione del matrimonio in Italia*, Milano, 1906, pp. 401 a 433.
- BROOKE, Chistopher: *Il matrimonio nel Medioevo*, Società editrice il Mulino, Bologna, 1989.
- BUCELLI, Andrea: «Mutamento sociale e donazioni prematrimoniali», nota a Cass., civ., sent. 8 febbraio 1994, n. 1260, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, pp. 684 a 692.
- BUSNELLI, Francesco: *Il danno biologico. Dal diritto vivente al diritto vigente*, Torino, 2001.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Alcance y significado de la indemnización debida en el supuesto de la promesa de matrimonio», *RDP*, n. 82, 1998, pp. 259 a 285.
- CAFERRA, Vito: *Il nesso di causalità nel fatto dannoso*, nel volume curato da Michele SPINELLI, Responsabilità civile, I, Bari, 1973.

- CALABRIA: «Responsabilità per seduzione con promessa di matrimonio», in *Foro It.*, 1947, I, pp. 999 y ss.
- CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: «Comentario a los artículos 42 y 43 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 147 a 150.
- CANARIS, Claus-Wilhelm: «Das Verlöbniß als gesetzliches. Rechtsverhältnis», in *AcP*, 165, 1965, pp. 1 a 31.
- CANDIAN, Adrian: «Gli sponsali come fonte negoziale di aspettativa. *Le lettere dei fidanzati*», in *Temj*, 1951, pp. 457 a 485.
- CANO TELLO, Celestino: «Responsabilidad por incumplimiento de la promesa de matrimonio», en *ADC*, 1977, pp. 753 a 760.
- CAPOZZI, Luigi: «Valore giuridico delle lettere tra fidanzati», in *Dir. e giur.*, 1946, pp. 225 y ss.
- CARBONE, Vincenzo: «Seduzione con promessa di matrimonio: continua il contrasto tra giudici di merito e di legittimità», in *Il Corriere Giuridico*, 1993, pp. 1052 a 1057.
- CARBONERO Y SOL, León: *Tratado Teórico-Práctico del Matrimonio, de sus impedimentos y dispensas*, T. I, Sevilla, 1864.
- CARBONIER, Jean: *Droit civil. 2. Le Famille, les incapacités*, P.U.F., Paris, 1927.
- CÁRCEL ORTI, Vicente: *El liberalismo en el poder (1833-1868)*, en *Historia de la Iglesia en España. V. La iglesia en la España contemporánea (1808-1975)*, Madrid, 1979, pp. 115 a 225.
- CARICATO, Cristina: «La promessa di matrimonio», in *Il nuovo diritto di famiglia*, Vol. I, *Matrimonio, separazione e divorzio*, trattato diretto da Gilda FERRANDO, Zanichelli editore, 2007, 1.<sup>a</sup> ed., pp. 79 a 104.
- : «La promessa di matrimonio», in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da Mario BESSONE, Vol. IV, *Il Diritto di Famiglia. Famiglia e Matrimonio*, a cura di Tommaso AULETA, Giappichelli editore, Torino, 2010, pp. 167 a 193.

- CARNEVALI, Ugo: «Donazioni in riguardo di matrimonio», in AA. VV., nel *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da Giorgio CIAN, Alberto TRABUCCHI e Giorgio OPPO, Vol. V, Cedam, Padova, 1992, pp. 311 a 321.
- : *Le donazioni. Trattato di diritto privato* diretto da Pietro RESCIGNO, Vol. VI, Successioni, T. II, UTET Giuridica, Torino, 1997, 2.<sup>a</sup> ed.
- CARON, Giovanni: voce «Matrimonio (Promessa di) (Diritto canonico)», in *NNDI*, diretto da Antonio AZARA e Ernesto EULA, X, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1964, pp. 427 a 429.
- CARRARO, Luigi: *Il diritto sul documento*, Cedam, Padova, 1941.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de Familia. Casos, reglas, argumentos*. Un manual para estudiantes de toda condición, Dilex, Madrid, 2006.
- : *Lecciones de derecho civil. Derecho de Familia*, Madrid, 2013.
- CARRESI, Franco: voce «Prosenetico», in *NNDI*, diretto da Antonio AZARA e Ernesto EULA, XIV, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1968, pp. 222 a 223.
- CARRIÓN OLMOS, Salvador: *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Jaén, 1977.
- : «Promesa de matrimonio y resarcimiento de daños», en *Daños en el Derecho de Familia*, José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (coord.), Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, ed. Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 117 a 146.
- CASAVOLA, Franco: *Giuristi adrianei*, con note di prosopografia e bibliografia su giuristi del il secolo d. C., di Giacomo DE CRISTOFANO, Jovene, Napoli, 1980.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral. V. Derecho de Familia*, Vol. I, Relaciones Conyugales, undécima edición revisada y puesta al día por Gabriel GARCÍA CANTERO y José M.<sup>a</sup> CASTÁN VÁZQUEZ, Ed. Reus, Madrid, 1987.

- : *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. II, Ed. Reus, Madrid, 1988, 14.<sup>a</sup> ed.
- : *Derecho Civil español Común y Foral*, T. III, *Derecho de obligaciones, La obligación y el contrato en general*, decimosexta edición, revisada y puesta al día por Gabriel GARCÍA CANTERO, Ed. Reus, Madrid, 1992.
- CASTELLO, Carlos: «Lo status personale dei fidanzati nel Diritto romano della fine della repubblica e del principato», in *Estudios en homenaje de Juan IGLESIAS*, Vol. III, Madrid, 1988, pp. 1165 a 1178.
- : «Legislazione costantiniana e conciliare in tema di scioglimento degli sponsali e di ratto», in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana, VII convegno internazionale (Spello-Perugia-Norcia, 16-19 ottobre 1985)*, Perugia, 1988, pp. 383 a 391.
- CATTANEO, Vicencio: *Il Codice civile annotato*, Dalla Società l'Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1865.
- CENDON, Paolo: *Commentario al Codice Civile, artt. 1-455*, Vol. I, UTET Giuridica, Torino, 1991.
- : *Codice Civile Annotato, artt. 1-1172*, a cura de Paolo CENDON, UTET Giuridica, Torino, 1995.
- : *Diritto di famiglia. Il matrimonio. Il Diritto privato nella giurisprudenza*, a cura de Paolo CENDON, UTET Giuridica, Torino, 2000.
- CHIRONI, Giampietro: *Colpa contrattuale*, Vol. I, Torino, 1897.
- CICU, Antonio: *Il matrimonio*, Macerata, 1912.
- COBACHO GÓMEZ, José Antonio: «Comentario a los artículos 1.336 a 1.343», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ (dir.), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 615 a 632.
- Codigo civil portuguez, aprobado por carta de lei de 1 de julo de 1867*, in prensa nacional, Lisboa, 1868, edição oficial.
- Codice Civile del Regno d'italia*, Stamperia Reale, Harvard College Library, Torino, 1865.
- COGLIOLO, Pietro: *Scritti vari di diritto privato*, II, Torino, 1917.

- COLÓN, Germà i GARCÍA I SANZ, Arcadi: *Furs de València*, Vol. V, editorial Barcino, Barcelona, 1990.
- COSTA, Emilio: *Storia del Diritto Romano privato dalle origini alle compilazione giustinianee*, Fratelli Bocca editori, Torino, 1925, 2.<sup>a</sup> edizione rinnovata ed accresciuta.
- COSTANZA, Maria: «La presupposizione nella giurisprudenza», in *Quadrimestre*, 1984, pp. 597 y ss.
- COSTAS RODAL, Lucía: «De las donaciones por razón del matrimonio. Artículos 1336 a 1343», en *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 1600 y ss.
- COVIELLO, Nicola: *Dei contratti preliminari nel Diritto moderno italiano*, 1896, publicado después como «Contratto preliminare», en *Enciclopedia giuridica italiana*, T. III, parte 3.<sup>a</sup>, Secc. 2.<sup>a</sup>.
- CRESPO DE MIGUEL, Luis: «Un homenaje a Alonso Martínez ("La cuestión matrimonial" en la elaboración del Código)», en AA.VV *Centenario el Código civil*, Francisco RICO PÉREZ (coord.), Vol. I, Universidad Popular Enrique TIERNO GALVÁN, Alicante, 1986, pp. 183 a 212.
- : *La secularización del Matrimonio en los Proyectos de Código Civil anteriores a la Revolución de 1868*, Pamplona, 1987.
- : «El matrimonio en los dictámenes oficiales sobre el proyecto del Código civil español de 1851», en *RGLJ*, n. 5, 1987, pp. 653 a 728.
- DE ANTEQUERA, José María: «La codificación moderna en España», en *RGLJ*, n. 69, 1886, pp. 161 a 171; *RGLJ*, n. 68, 1885, pp. 397 a 405 y 493 a 500; *RGLJ*, n. 69, 1886, pp. 5 a 16, 81 a 88, 161 a 171, 297 a 309, 377 a 387 y 513 a 522.
- DE CASTRO Y BRAVO, Francisco: *Derecho civil de España*, T. I, Ed. Civitas, Madrid, 1949.



- DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso: *Instituciones de Derecho civil español. II. Derechos de Obligaciones, contratos, derecho de familia*. Revisado y puesto al día por Manuel DE COSSIO Y MARTÍNEZ y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, Madrid, 1959.
- : *Instituciones de Derecho civil español. II. Derechos Reales. Derecho de familia y sucesiones*, ed. Alianza Editorial, Madrid, 1975.
- : *Instituciones de Derecho Civil. II. Derecho de Familia*. Revisado y puesto al día por Manuel DE COSSIO Y MARTÍNEZ y José Luís LEÓN ALONSO, Civitas, Madrid, 1988, 1.<sup>a</sup> ed.
- DE CUPIS, Adriano: *I diritti della personalità*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1982.
- : *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducido de la segunda edición italiana por Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN, Bosch, Barcelona, 1975.
- : *Il danno, Teoria generale della responsabilità civile*, Vol. I, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1979, 3.<sup>a</sup> edizione riveduta e ampliata.
- DE DIEGO GUTIÉRREZ, Felipe Clemente: *Instituciones de Derecho civil español. II. Derechos de Obligaciones, contratos, derecho de familia*. Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1930, p. 355.
- DE DIEGO-LORA, Carmelo y RODRÍGUEZ-OCAÑA, Rafael: *Lecciones de Derecho Procesal Canónico, Parte General*, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2004.
- DE ELIZONDO, Francisco Antonio: *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España, y de las Indias*, T. IV, Madrid, 1784.
- : *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España, y de las Indias*, T. VII, Madrid, 1789.
- DE GIORGI, Maria Vita: «La promessa di matrimonio», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fondatori Antonio CICU e Enrico REDENTI, direttore Tito CARNACINI, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1969, pp. 749 a 778.

DEGNI, Francesco: *Del Matrimonio*, I, Torino, 1926.

--: *Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano*, Cedam, Padova, 1943.

DE LA ESCOSURA, Patricio y AUTRAN, Isidro: *Código Civil Portugues: Traducido Al Castellano, Y Precedido De Um Prologo (1868)*, Ed., Kessinger Publishing, Spain, 2010.

DE LA IGLESIA MONJE, M.<sup>a</sup> Isabel: «Los esponsales en la actualidad», en *RCDI*, 700, 2007, pp. 809 a 816.

DELGADO DA SILVA, Antonio: *Collecção da legislação portugueza desde a ultima compilação das ordenações, redigida pelo Desembargador Antonio Delgado da Silva; Legislação de 1775 a 1790*, Lisboa, Typografia Maigrense, 1828.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «De la promesa de matrimonio», en la obra *Matrimonio y divorcio. Comentario al nuevo Título IV del Libro Primero del Código civil*, José Luis LACRUZ BERDEJO (coord.), Civitas, Madrid, 1982, pp. 39 a 59.

--: «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código civil», en la obra *Matrimonio y divorcio. Comentario al nuevo Título IV del Libro Primero del Código civil*, José Luis LACRUZ BERDEJO (coord.), Civitas, Madrid, 1994, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 39 a 59.

DE LUCA, Luigi: *Instituta universale di tutte le leggi*, Colonia, 1752.

DE LLAMAS MOLINA, Sancho: *Comentario Crítico-Jurídico-Literal de las ochenta y tres Leyes de Toro*, T. I, Madrid, 1827.

DEL VISO, Salvador: *Lecciones Elementales de Derecho Civil*, I, *Del derecho de las personas con relación á su estado*, Valencia, 1868, 3.<sup>a</sup> edición arreglada a la legislación vigente.

DE NOVA, Rodolfo: voce «Matrimonio (Promessa di) (Diritto internazionale privato)», in *NNDI*, diretto da Antonio AZARA e Ernesto EULA, X, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1964, pp. 424 a 427.

- DE RUGGIERO, Roberto, e MAROI, Fulvio: *Istituzioni di diritto civile*, II, Milano-Messina, 1965.
- DESCHENAUX, Henri et TERCIER, Pierre: *Le mariage et le divorce*, Berne, 1980, 2.<sup>a</sup> ed.
- DE TAPIA, Eugenio: *Febrero Novísimo ó Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, refundida, ordenada bajo nuevo método y adicionada con un tratado del Juicio Criminal y algunos otros, T. I, Valencia, 1828.
- DETHLOFF, Nina, LÜDERITZ, Alexander y BEITZKE, Günther: *Familienrecht. Ein Studienbuch*, a cura di Alexander LÜDERITZ, München, 2006, 26.<sup>a</sup> ed.
- DE UREÑA Y SMENJAUD, Rafael: *Real Academia de la Historia*, Madrid, 1911.
- : *Fuero de Cuenca: Forma primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del Fuero de Iznatoraf*, Madrid, 1935.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: *El error en el matrimonio*. Prologo de Francesco GALGANO, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1977.
- : «Principio de libre desarrollo de la personalidad y ius connubii, (a propósito del Auto del Tribunal Constitucional 222/1994)», en *RDPriv.*, Edersa, Madrid, 1998, pp. 683 a 736.
- : «Consecuencias económicas derivadas del incumplimiento de la promesa cierta de matrimonio», en *Curso sobre daños en el Derecho de familia*, Retro-Expres, Valencia, 2006, pp. 25 a 34.
- DEVOTI, Joannis: *Institutiorum canonicorum*. IV. Matriti, 1833.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M<sup>a</sup> Dolores y HERNÁNDEZ GIL, Francisco: *Lecciones de Derecho de familia*, Ed. Ceura, Madrid, 2007, 2.<sup>a</sup> ed.
- DI CRISTO, Rosalia: «La responsabilità da rottura ingiustificata della promessa di matrimonio», in *Le Riviste Ipertestuali, Famiglia, persone e Successioni*, n. 1, UTET Giuridica, Torino, 2011, pp. 26 a 30.

- DÍEZ-PICAZO, Luis: «El negocio jurídico del Derecho de Familia», en *RGLJ*, n. 6, junio de 1962, pp. 35 a 49.
- : *El negocio jurídico del Derecho de Familia*, Estudios de Derecho Privado, Civitas, Madrid, 1980.
- : *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. I. Introducción. Teoría del contrato*, Civitas, Madrid, 1993, 2.<sup>a</sup> ed.
- : y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil. IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Vol. IV. Luis DÍEZ PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS (coord.), Tecnos, Madrid, 1982.
- : y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil. IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Vol. IV. Luis DÍEZ PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS (coord.), Tecnos, Madrid, 1989.
- : y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Instituciones de Derecho civil*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1995.
- : y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil. IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Vol. IV, Luis DÍEZ PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS (coord.), Tecnos, Madrid, 2002, 6.<sup>a</sup> ed.
- : y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil. IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Vol. IV, Luis DÍEZ PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS (coord.), Tecnos, Madrid, 2006, 10.<sup>a</sup> ed.
- DI MAJO GIAQUINTO, Adolfo: *L'execuzione del contratto*, Milán, 1967.
- DI MARZO, Salvatore: *Lezioni sul matrimonio romano*, edizione anastatica, L'erma di Bretschneider, Roma, 1972.
- DI ROSA, Giovanni: «Della promessa di matrimonio», in *Della famiglia*, a cura di Luigi BALESTRA, Artt. 74-176, nell' *Commentario del Codice Civile*, diretto da Enrico GABRIELLI, UTET Giuridica, Torino, 2010, pp. 21 a 38.
- DIRKSEN, Heinrich Eduard: *Die Wiksmkeit der Ehegelöbnisse nach den Bestimmungen einzelner Ortsrechte in Bereiche der römischer Herrschaft, Dirksen's Hinterlassene Schriften zur Kritik und Auslegung*

*der Quellen römischer Rechtsgeschichte und Alterhumskunde*, Teubner, Leipzig, 1891.

DÖLLE, Hans: *Familienrecht*, Karlsruhe, 1964.

DONADO VARA, Araceli: «Los antecedentes históricos de la reserva vidual», en *Cuadernos de Historia del Derecho*, n. 16, Madrid, 2009, pp. 111 a 202.

DOSSETTI, Giuseppe: *La formazione progressiva del negozio nel matrimonio canonico*, Bologna, 1954.

EIRANOVA ENCINAS, Emilio: *Código civil alemán comentado*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martín: *Derecho de familia en Ludwig ENNECCERUS; Theodor KIPP y Martín WOLF: Tratado de Derecho Civil, El Matrimonio*, T. IV, Vol. I. Traducido de la 20.<sup>a</sup> ed. alemana (sexta revisión) por Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José CASTÁN TOBEÑAS, Bosch, Barcelona, 1953, 2.<sup>a</sup> ed.

ENRIETTI, Enrico: «Osservazioni critiche su una recente costruzione defli sponsali», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, VI, 1952, pp. 672 a 688.

ESCRICHE, Joaquín: *Diccionario razonado de Legislación civil, penal, comercial y forense ó sea Resumen de las Leyes, usos, prácticas y costumbres, como asimismo de las doctrinas de los jurisconsultos; dispuesto por orden alfabético de materias, con la explicación de los términos en Derecho*, imprenta de José Ferrer de Orga, Valencia, 1838.

--: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, T. I, Madrid, 1847, 3.<sup>a</sup> edición corregida y aumentada.

ESCUADERO, José Antonio: *Los orígenes el Consejo de Ministros en España*, T. I, Ed. Complutense, Madrid, 2001.

--: *Los orígenes el Consejo de Ministros en España*, T. II, Ed. Complutense, Madrid, 2003.

- ESPÍN CÁNOVAS, Diego Eduardo: *Manual de Derecho civil español. IV. Familia*, Premio Jerónimo GONZÁLEZ 1957, edición según la Constitución y leyes de reforma del Código civil (13 de mayo y 7 de julio de 1981 y 13 de julio de 1982), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, 7.<sup>a</sup> ed.
- : *Manual de Derecho Civil español. IV. Derecho de Familia*, editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984, 8.<sup>a</sup> ed.
- ESTRADA ALONSO, Eduardo: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Civitas, Madrid, 1991, 2.<sup>a</sup> ed.
- FALCHI GIAN, Luigi: «Osservazioni sulla natura della *Coemptio Matrimonii Causa* nel Diritto Preclassico», in *SDHI*, n. 50, 1984, pp. 355 a 382.
- FAYER, Carla: *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, T. II, Roma, 1994.
- FEOLA, Dominique: «La promessa di matrimonio», in *Il Diritto di Famiglia. I. Famiglia e Matrimonio*, trattato diretto da Giovanni BONILINI e Giovanni CATTANEO, UTET Giuridica, Torino, 2006, 4.<sup>a</sup> ed., pp. 76 a 105.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino y PARICIO SERRANO, Javier: *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, Paideia ediciones, Madrid, 2000, 4.<sup>a</sup> ed.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «Reflexiones a propósito de la realidad social. La tradición jurídica y la moral cristiana en el matrimonio romano», en *Estudios Jurídicos*, n. 2, Vol. XII, 2007, pp. 199 a 209.
- FERNÁNDEZ DE LOS RÍOS, Ángel: *Concordancias entre el Código civil francés y los Códigos civiles extranjeros*, traducida del francés de Fermín VERLANGA HUERTA y José MUÑIZ MIRANDA. Biblioteca de Universal, Madrid, 1852.
- FERRANDIS VILELLA, José: «Los esponsales. Consideraciones en torno a la regulación civil y canónica de la promesa de matrimonio», en *Hominum causa omne ius constitutum est: escritos sobre el matrimonio* (Homenaje al Prof. José María DÍAZ MORENO), José María CASTÁN VÁZQUEZ, Cristina GUZMÁN PÉREZ, Teresa María PÉREZ-AGUA

LÓPEZ y, José María SÁNCHEZ GARCÍA, (coords.), Madrid, 2000, pp. 1227 a 1228.

FERRANDO, Gilda: «La promessa di matrimonio», in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Vol. V, T. I, *Il matrimonio*, diretto da Antonio CICU e Francesco MESSINEO, continuato da Luigi MENGONI, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2002, pp. 237 a 273.

FERRARA, Francesco: *Diritto delle persone e di famiglia*, Napoli, 1941.

FERRARA-SANTAMARIA, Massimo: *La promessa di matrimonio*, Napoli, 1940.

FERRERES, Juan Bautista: *Los esponsales y el matrimonio (según la novísima disciplina)*, Madrid, 1911.

FERRETTI, Paolo: «La restituzione dei doni fatti a causa della promessa di matrimonio in una prospettiva storico-comparatistica», in *Ann. Univ. Ferrara-Sc. Giur. Nuova Serie*, Vol. XI, 1997, pp. 223 a 242.

--: «Doni fatti a causa di promessa di matrimonio. Prospettiva storico-comparatistica», in *Labeo, Rassegna di diritto romano*, n. 45, 1999, pp. 76 a 97.

--: *Le donazioni tra fidanzati nel Diritto romano*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2000.

--: «Le donazioni tra fidanzati nella política matrimoniale di Costantino», in *Ann. Univ. Ferrara-Sc. Giur.*, Nuova Serie, Vol. XVI, 2002, pp. 163 a 176.

--: «Le donazioni tra fidanzati nella política matrimoniale di Costantino», in *Diritto Storia*, n. 2, 2003, Università di Trieste, pp. 1 a 6.

FERRI, Giovanni: «In tema di promessa di matrimonio», in *Persona e formalismo giuridico. Saggi di diritto civile*, Rimini, 1985, pp. 402 y ss.

--: «Se la disciplina della donazione obnuziale si applichi alla donazione prenuziale. Responsum», in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto TRABUCCHI, Padova, 1989, pp. 671 a 676.

FERRONI, Arnoldi: *In consuetudines Burdigalensium. Commentariorum Libri duo*, Lugduni, 1585.

- FIANDACA, Giovanni: voce «Seduzione con promessa di matrimonio», in *Enc. dir.*, XLI, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1989, pp. 933 a 936.
- FINOCCHIARO, Alfio: «Del matrimonio, artt. 79-81», nella *Nuova rassegna di giurisprudenza sul Codice Civile*, 1998-2000, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1994, pp. 671 a 686.
- : «Della promessa di matrimonio», nella *giurisprudenza sul Codice civile coordinata con la dottrina*, Libro I, *Delle persone e della famiglia*, T. II (artt. 79-149), a cura di Alfio FINOCCHIARO, diretta di Cesare RUPERTO, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2005, pp. 673 a 689.
- FINOCCHIARO, Alfio e FINOCCHIARO, Mario: *Riforma del diritto di famiglia. Commentario teorico-pratico alla legge 19 maggio 1975, n. 151*, Artt. 1-89, Vol. I, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1975.
- FINOCCHIARO, Francesco: *Del matrimonio*, I, Torino, 1926.
- : «Del matrimonio, artt. 79-81», nel *Commentario del codice civile* a cura di Antonio SCIALOJA e Giuseppe BRANCA, Libro I, *Delle Persone e della Famiglia*, Nicola Zanichelli editore, Bologna-Roma, 1971, pp. 59 a 195.
- : «Nullità della caparra come negozio accessorio alla promessa di matrimonio», nota a la App. Napoli, sent. 13 febbraio 1974, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, cc. 167 a 170.
- FONTANA ELBOJ, Gonzalo: «Sponsio matrimonial en la Roma antica: el vaso de duenos», in *RIDA*, n. 43, 1996, pp. 213 a 267.
- FORTINO, Marcella: *Diritto di Famiglia. I Valori, I Princìpi, Le Regole*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2004, 2.<sup>a</sup> ed.
- FOSAR BENLLOCH, Enrique: «Las peculiaridades del Derecho de familia anterior a la recepción del derecho romano canónico en las Españas medievales. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 11 de noviembre de 1982», en *AAMN*, T. XXVI, Vlex, 1982, pp. 1 a 136.



FRANCIOSI, Gennaro: *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al Principato*, Torino, 1989.

FUENTESECA, Pablo: *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1978.

GACTO FERNÁNDEZ, Enrique: *La condición jurídica del cónyuge viudo en el Derecho visigodo y en los derechos visigodos y en los fueros de Castilla y León*, Sevilla, 1975.

GALLUZZO, Sabina Anna Rita: *Il Diritto della famiglia e dei minori, Famiglia e matrimonio, filiazione e adozione, diritto penale e processo penale minorile*, Il sole 24 hore, 1999.

GANGI, Calogero: *Il matrimonio*, Dott. A. Giuffré editore, Milano, 1969, ristampa inalterata della tercera edición riveduta e ampliata.

GARCÍA, Honorio: *Arres*, BSCC, XI, 1930.

GARCÍA CANTERO, Gabriel: *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, n. XI. Consejo Superior de Investigaciones científicas. Delegación de Roma. Con una presentación de Amadeo DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Roma-Madrid, 1959.

--: «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código civil» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. II. Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), edición de acuerdo con la Ley 7 de julio de 1981, Revista de Derecho Privado, Edersa, Madrid, 1982, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 22 a 44.

GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso: *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al Castellano del Latino, publicado por KRIEGEL, HERMANN Y OSENBRÜGGEN, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por Idelfonso GARCÍA DEL CORRAL, Primera parte, Instituta-Digesto, T. III, Jaime Molinas editor-Consejo de Ciento, n. 287, Barcelona, 1889.

--: *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al Castellano del Latino, publicado por KRIEGEL, HERMANN Y OSENBRÜGGEN, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con

notas de referencias por Idelfonso GARCÍA DEL CORRAL, Primera parte, Digesto, T. II, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892.

--: *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al Castellano del Latino, publicado por KRIEGEL, HERMANN Y OSENBRÜGGEN, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por Idelfonso GARCÍA DEL CORRAL, segunda parte, revisado del texto latino por Emilio BERMANN, Código, T. I, Jaime Molinas editor-Valencia, n. 378, Barcelona, 1892.

--: *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al Castellano del Latino, publicado por KRIEGEL, HERMANN Y OSENBRÜGGEN, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por Idelfonso GARCÍA DEL CORRAL, Primera parte, Digesto, T. III, Barcelona, 1897.

--: *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al Castellano del Latino, publicado por KRIEGEL, HERMANN Y OSENBRÜGGEN, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por Idelfonso GARCÍA DEL CORRAL, T. V, Barcelona, 1898.

GARCÍA GARATE, Alfredo: *El matrimonio canónico en su dimensión sustantiva y procesal*, Dykinson, Madrid, 2008.

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús: *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Dykinson, Madrid, 2006, 3.<sup>a</sup> ed.

--: *Derecho Privado Romano. Casos, Acciones, Instituciones*, Editores académicas, 2008, 16.<sup>a</sup> ed. revisada.

GARCÍA GIL, Javier: *Código de la Familia y de las Uniones de Hecho. Jurisprudencia y Formularios*, Dijusa, Madrid, 2007.

GARCÍA GONZÁLEZ, Juan: «El incumplimiento de las promesas de matrimonio en la Historia del Derecho español», en *AHDE*, n. 23, 1953, pp. 611 a 642.

GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, T. I, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, a cargo de Francisco ABIENZO, Madrid, 1852.

--: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del profesor José Luis LACRUZ BERDEJO, y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Cometa, Zaragoza, 1974.

GARCÍA GOYENA, Florencio y AGUIRRE Joaquín: *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo*, T. I, Madrid, 1852, 4.<sup>a</sup> ed.

GARCÍA QUINTAS, María de las Mercedes: «Los esponsales romanos: Las letras y las leyes», in *Ars Iuris, Revista del Instituto Panamericano de Jurisprudencia*, Universidad Panamericana, n. 36, 2006, pp. 73 a 113.

GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> Paz: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996», en *CCJC*, n. 43, enero-marzo 1997, pp. 401 a 413.

GARCÍA I SANZ, Arcadi: *Institucions de dret civil valencià*, Universitat Jaume I, Castellón, 1996.

GARCÍA VARELA, Román: «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código civil», en *Comentario del Código Civil*, Ignacio GIL DE LA CUESTA (coord), Bosch, Barcelona, 2000, pp. 601 a 640.

GATT, Lucilla: «I doni fatti a causa della promessa di matrimonio: natura giuridica e limiti al diritto di restituzione», in *Riv. dir. civ.*, n. 3, fondata da Walter BIGIANI, diretta da Alberto TRABUCCHI, Cedam, Milani, 1995, pp. 383 a 410.

GAUDEMET, Jean: *L'originalité des fiançailles romaines*, IVRA, Rivista internazionale di diritto romano e antico, giovane editore, Naples, 1955.

--: *Il matrimonio in occidente*, ed., it., Torino, 1989.

- GELIO, Aulo: *Noches áticas*. Índices y Traducción y notas de los Libros I, IV y V por Jesús María NIETO IBÁÑEZ. Traducción general y traducción y notas de los Libros II y III por Carmen BARRIGÓN FUENTES, Edición de Santiago López Moreda, Akal/Clásica, Madrid, 2009.
- GELLII LV, Avli: *Noctes atticae*, Coloniae, Opera Nova Impenfa Joannis Soteris, MDXXVI.
- GENNARO, Franciosi: *Famiglia e persone in roma antica. Dall'età arcaica al principato*, Giappichelli editore, Torino, 1992, 2.<sup>a</sup> ed.
- GERNHUBER, Joachim: *Lehrbuch des Familienrechts*, München-Berlin, 1964.
- : *Lehrbuch des Familienrechfi*, Munchen, 1980.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del Carmen; YSÀS SOTANES, María Y SOLÉ RESINA, Judith: *Derecho de Familia*, Càlamo, Albacete, 2005, 2.<sup>a</sup> ed.
- GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Manuel: *La institución matrimonial según el Derecho de la Iglesia Católica*, Consejo Superior de Investigaciones científicas. Instituto Francisco DE VITORIA, Madrid, 1947, 2.<sup>a</sup> ed., aumentada.
- GIRARD, Manuel: *Manuale élémentaire de Droit romain*, Paris, 1918, 2.<sup>a</sup> ed.
- GIUSTI, Attilio: «Il danno alla salute nella giurisprudenza costituzionale», en AA.VV, *La valutazione del danno alla salute. Profili giuridici, medico-legali ed assicurativi*, al cuidado de Marino, BARGAGNA e Francesco Donato, BUSNELLI, Cedam, 2001, pp. 189 a 207.
- GLUCK, Federico: *Commentario alle Pandette, tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col codice civile del regno d'Italia*, direttori Filippo SERAFINI e Pietro COGLIOLO, XXII, tradotto ed annotato dai professori Silvio PEROZZI, Societa editrice librería, Milano, 1906.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel: *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, T. I, Madrid, 1855, 5.<sup>a</sup> ed.
- GONZÁLEZ, Jerónimo: «Formas y Ritos matrimoniales», en *RCDI*, n. 60, 1929, pp. 913 a 928.

GOTHOFREDUS, Jacobus: *Codex Theodosianus cum Perpetuis Commentariis, Opus recognitum, opera et studio, Antonii MARVILII*, ed. Nova, I, Lipsiae, 1736.

GÖTZ, Ernst: *Berner Kommentar*, II, 1, Berna, 1972.

GREGORII PAPAE IX: *Decretales. Suae Integritati, una cum glossis restitutae. Cum privilegio Gregorii XIII. Pont. Max. Permittente Sede Apostolica, Venetiis*, 1605.

GUASTALLA, Lucchini: «Della promessa di matrimonio», in *Commentario breve al Diritto della Famiglia*, diretto da Alessio ZACCARIA, condirettori delle singole Sezioni Roberta CLERICI, Andrea PUGIOTTO, Vincenzo SCORDAMAGLIA, Stefano TROIANO e Enzo VULLO, CEDAM, Milano, 2008, pp. 118 a 122.

GUBERN SALISACHS, Santiago: *La ruptura de la promesa matrimonial y la reducción de la mujer ante el Derecho y la Ley*, Bosch, Barcelona, 1947.

GUTIÉRREZ CUADRADO, Juan: *Fuero de Béjar (Salamanca)*, Universidad de Salamanca, 1974.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, T. I, Madrid, 1862.

--: *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, T. I, Madrid, 1868, 2.<sup>a</sup> ed.

GUZMÁN BRITO, Alejandro: *Derecho Privado Romano*, T. I, Barcelona, 1996.

HAENEL, Gustavus: *Codices Gregorianus Hermogenianus Theodosianus*, Editit Gustavus Haenel, Supplementum. Insunt constitutiones aliquot novae codicis theodosiani, novellae constitutiones et XVIII constitutiones, quas sirmondus edidit, CLCLCCCCXLIV.

HAUSER, Jean et HUET-WEILLER, Daniele: *Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, Paris, 1993, 2.<sup>a</sup> ed.

JEMOLO, Arturo Carlo: *Il matrimonio*, Torino, 1950.

--: *El matrimonio*. Traducido por Santiago SENTÍS MELENDO y Marino AYERRA REDÍN, ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

JORDÁN DE ASSO Y DEL RIO, Ignacio y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel: *El Fuero Viejo de Castilla*, sacado y comprobado con el exemplar de la misma Obra, que existe en la Real Biblioteca de esta Corte y con otros MSS, Madrid, 1771.

JOSSERAND, Louis: *De l'abus des droits*, Paris, 1905.

--: «Le problème juridique de la rupture des fiançailles», in *DH*, 1927, pp. 21 y ss.

KASER, Max: *Das römische Privatrecht*, I, München, 1955.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *El daño existencial, como daño a la persona, en la casación italiana a fines del año 2008*, 2008, pp. 1 a 22.

KOTEICH, Milagros: «El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento. Italia y Colombia visicitudes de dos experiencias», in *RDPriv.*, n. 10, 2006, pp. 161 a 193.

KUDRET AYITER, Mehmet: «Alcuni appunti sulla dotis datio ante nuptias», in *Studi Cesare Sanfilippo*, n. 4, Catania, 1983, pp. 49 a 57.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho de Familia: El matrimonio y su economía*. IV. *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Civil*, Vol. I, redactado por José Luis LACRUZ, con la colaboración en los capítulos II a IV, de Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, Librería Bosch, Barcelona, 1963.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho civil*. IV. *Derecho de Familia*, Ed. Experimental Librería Bosch, Barcelona, 1974, 2.<sup>a</sup> ed.

--: *Elementos de Derecho civil*. IV. *Derecho de Familia*, Ed. Experimental Librería Bosch, Barcelona, 1982.

- : y LUNA SERRANO, Agustín; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco y RAMS ALBESA, Joaquín: *Elementos de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*, Vol. I, José M.<sup>a</sup> Bosch ed., Barcelona, 1990, 3.<sup>a</sup> ed. (reimpresión actualizada).
- : *Elementos de Derecho Civil. IV. Derecho de familia*, tercera edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, ed. Dykinson, Madrid, 2008.
- LAINA GALLEGO, José María: *Libertad y consentimiento para el matrimonio en la legislación española (de la pragmática de Carlos III al proyecto del Código civil de 1851)*, Madrid, 1992.
- : «La pragmática de Carlos IV y el matrimonio de los hijos de familia», *RDPriv.*, 4, 2003, pp. 1-17.
- LAMARCA MARQUÈS, Albert: *Código Civil Alemán Bürgerliches Gesetzbuch y Ley de Introducción al Código Civil*, Albert LAMARCA MARQUÈS (trad.), ed. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2008.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho Civil. VI. Derecho de familia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, 8.<sup>a</sup> ed.
- : *Principios de Derecho Civil. I. Parte General y Derecho de la persona*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, 15.<sup>a</sup> ed.
- : *Principios de Derecho Civil. VI. Derecho de familia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, 9.<sup>a</sup> ed.
- : *Principios de Derecho Civil. I. Parte General y Derecho de la persona*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, 18.<sup>a</sup> ed.
- : *Principios de Derecho Civil. VI. Derecho de familia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, 11.<sup>a</sup> ed.
- LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la Codificación española. 4. Codificación Civil. Vol. I. Organización judicial*. Prologo de Antonio HERNÁNDEZ GIL, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970.
- : *Crónica de la Codificación española. IV. Codificación civil*, Vol. II, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, 1970.

- : *Crónica de la Codificación Española. IV. Codificación civil. Génesis e historia del Código*, Vol. I, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, 1979.
- : *Crónica de la Codificación Española. IV. Codificación civil. Génesis e historia del Código*, Vol. II, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, 1979.
- LISELLA, Gaspare: «Promessa semplice di matrimonio e restituzione dei doni: aspetti problematici» nota a Cass. Sez. I, civ., sent. 2 maggio 1983, n. 3015, in *Rass. Dir. Civ.*, 1984, I, pp. 267 a 276.
- LLEDO YAGÜE, Francisco: «La Promesa de Matrimonio», en *Compendio de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*. Corregida y adaptada a las Leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, de 8 de julio. Oscar MONJE BALMASEDA (coord.), Dickinson, Madrid, 2005, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 34 a 35.
- LLORENTE, Juan Antonio: *Leyes del Fuero-Juzgo ó recopilación de las Leyes de los Wisi-godos españoles, titulada primeramente Liber Judicum, después Forum judicum, y últimamente Fuero-Juzgo*, Madrid, 1792, 2.<sup>a</sup>. Edición del texto castellano.
- LOI, Maria Leonarda: voce «Promessa di matrimonio (Diritto civile)», in *Enc. dir.*, XXXVII, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1988, pp. 86 a 96.
- : voce «Prosenetico», in *Enc. dir.*, XXXVII, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1988, pp. 438 y 440.
- Los Códigos Españoles, Concordados y Anotados*, T. IX. *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, T. III, que contiene los Libros Octavo, Noveno, Décimo y Undécimo, Imprenta de la Publicidad a cargo de D. Manuel RIVADENEYRA, Madrid, 1850.
- LUNA SERRANO, Agustín: «Matrimonio y Divorcio» en *El nuevo régimen de la familia*. José Luis LACRUZ BERDEJO, Francisco SANCHO REBULLIDA, Antonio LUNA SERRANO, Jesús DELGADO ECHEVERRIA y Francisco RIVERO HERNÁNDEZ (coord.), Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil, Madrid, 1982.



- MAGDELAIN, André: *Essai sur les origines de la sponsio*, París 1943.
- : «Aspets arbitraux de la justice civile archaiqué à Rome», in *RIDA*, 3.º s. 27, 1980, pp. 205 a 281.
- MAGNANI, Giovanni: *Studio preliminare della storia della promessa di matrimonio nel diritto italiano*, Pavia, 1939.
- MANRESA Y NAVARRO, José M.ª: *Comentarios al Código civil español*, T. I, Reus, Madrid, 1943.
- : *Comentarios al Código civil español*, T. I, Reus, Madrid, 1956, 7.ª ed.
- : *Comentarios al Código civil español*, T. I, con la colaboración de varios jurisconsultos y una introducción de Francisco DE CÁRDENAS, edición corregida, aumentada, revisada y puesta al día con una introducción sobre *Las nuevas orientaciones del derecho civil español* por Pascual MARÍN PÉREZ, Ed. Reus, Madrid, 1987, 7.ª ed.
- MARCHI, Antonio: *Il risarcimento del danno morale. Secondo il Diritto romano (1904)*, Kessinger Legacy Reprints, United States, 2010.
- MARTÍ I CASTELL, Joan: *Estudi lingüístic dels Usatges de Barcelona: el codi a mitjan segle XII*, Curial Edicions Catalanes: Publicacions de l'Abadia de Montserrat, Barcelona, 2002.
- MARTÍN GRANIZO, Mariano y ALBACAR LÓPEZ, José Luis: *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1991.
- MARTÍN LÓPEZ, Juan José: «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), Pamplona, 209, 3.ª ed., pp. 164 a 165.
- MARTÍNEZ, Silvestre Manuel: *Librería de Jueces, Utilísima y Universal*, T. II, Madrid, 1791.
- MARTÍNEZ CALCERRADA GÓMEZ, Luis: «Comentario al artículo 1342», en *Comentario del Código Civil*, T. VII, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), Bosch, Barcelona, 2000, 2.ª ed., pp. 65 y ss.

- MARTÍNEZ RUÍZ, Enrique: Vocablo «Fuero», en *Diccionario de historia moderna de España*, Vol. II, Madrid, 2007, pp. 177 a 183.
- MARZAL RODRÍGUEZ, Pascual: *El derecho de sucesiones en la Valencia foral y su tránsito a la Nueva Planta*, Universtitat de València, Valencia, 1998.
- MASSEI, Maria Alessandra: «Sulla L. 5 Cod. de spons. 5,1», in *BIDR*, n. 47, n. s. 6, 1940, pp. 148 a 153.
- MATA, Pedro: *Tratado de Medicina y cirugía legal*, T. 1, Madrid, 1857, 3.<sup>a</sup> ed.
- MAZZACANE, Elio: «Inadempimento alla promessa di matrimonio e legittimazione attiva all'azione di risarcimento», nota a Trib. Salerno, 3 settembre 1959, in *Temì nap.*, I, 1960, pp. 313 y ss.
- MERZ, Sandro, CARBONI, Noemi, MARTORANA, Giovanni e SGUOTTI, Paolo: *Manuale pratico e Formulario del Diritto di Famiglia*, Cedam, Milano, 2009.
- MESSINA, Mara e SICA, Salvatore: «La promessa di matrimonio», in *Trattato di Diritto di Famiglia*, diretto da Paolo ZATTI, Vol. I, *Famiglia e Matrimonio*, a cura di Gilda FERRANDO, Marcella FORTINO e Francesco RUSCELLO, T. I, *Relazioni familiari, Matrimonio, Famiglia di fatto*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2002, pp. 33 a 69.
- MESTON et NICHOLS, David: *The Matrimonial Homes (Family Protection) (Scotland) Act*, Edinburgh, 1981.
- MIQUEL, Joan: *Derecho Privado Romano (Obra adaptada a los nuevos planes de estudio del Derecho)*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1992.
- MITTEIS, Ludwig: *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreich*, Leipzig, 1891.
- MONACO, Riccardo: *L'efficacia della legge spazio (Diritto internazionale privato)*, UTET Giuridica, Torino, 1964.

- MORALES Y ALONSO, Juan Pedro: *Instituciones de Derecho Canónico*, T. II, Madrid, 1895.
- MORÁN MARTÍN, Remedios: «El derecho matrimonial en la historia del Derecho Español», en *Historia del Derecho Privado, Penal y Procesal. Parte teórica*, T. I, Ed. Universitas, Vlex, Madrid, 2002, pp. 1 a 46.
- MORELLI, Gaetano: *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 1962, 7.<sup>a</sup> ed.
- NAVARRA, Antonio: *Lettere missive*, Firenze, 1939.
- NAVARRETE, Urbani: «Il matrimonio nel diritto canonico. Natura del consenso matrimoniale», in AA. VV., *La definizione essenziale giuridica del matrimonio, Atti del colloquio romanistico-canonistico 13-16 marzo 1979*, Roma, 1980, pp. 125-139.
- NOVARA, Gianpaolo: *La promessa di matrimonio*, Genova, 1950.
- NOVELLA BUGETTI, Maria: «La responsabilità per seduzione con promessa di matrimonio», in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di Michele SESTA, UTET Giuridica, Torino, 2008, pp. 27 a 45.
- NUÑEZ LAGOS, Rafael: *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, ed. Reus, Madrid, 1934.
- OBERTO, Giacomo: *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1991.
- : Le cause in materia di obbligazioni, Collana «Il Giudice di Pace», diretta da Mario, BARBUTO e Vladimiro, ZAGREBELSKY, Dot. A. Giuffrè editore, Milano, 1994.
- : *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, Cedam, Italia, 1996.
- : «La seduzione con promessa di matrimonio al capolinea», in *Danno e Responsabilità*, 1996, pp. 416 a 425.
- : voce «La promessa di matrimonio», in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione Civile, XV, UTET Giuridica, Torino, 1997, pp. 394 a 412.

- : «La promessa di matrimonio», in *Il Diritto di Famiglia nella Dottrina e nella Giurisprudenza. Trattato Teorico-Pratico*, diretto da Gabriela AUTORINO STANZIONE, Vol. I, *Il matrimonio i rapporti personali*, G. Giappichelli editore, Italia, 2005, pp. 163 a 200.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Compendio de Derecho civil*, T. IV, *Derecho de familia*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983.
- : «Regulación del matrimonio en el Código civil: Requisitos», en *Compendio de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*, Ed. Derecho Reunidas, Madrid, 2001, 5.<sup>a</sup> ed.
- : *Código Civil: Comentado y con Jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2001, 2.<sup>a</sup> ed.
- ONDEI, Emilio: «In tema di responsabilità civile per seduzione», in *Foro Pad.*, 1950, I, pp. 1057 a 1066.
- OPPO, Giorgio: *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947.
- ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio: *Derecho Privado Romano*, editor Genal, Madrid, 2007.
- ORTEGA PARDO, Gregorio: «La ruptura de esponsales en el derecho español vigente», en *RGLJ*, Año 8, T. IX, (177 de la colección) junio 1945, pp. 611-633.
- PACCHIONI, Giovanni: «Actio ex sponsu», in *Arch. Giur.*, n. 39, 1887, pp. 385 a 432
- : *Corso di Diritto romano*, Vol. III, *Delle obbligazioni, Diritto di famiglia; successione ereditara, legati e fedecommissi, cenni di procedura civile romana*, Torino, 1922, Ristampa della 1.<sup>a</sup> ed.
- PACIA DEPINGUENTE, Romana: «Doni prenuziali, liberalità d'uso e azioni restitutorie» nota a Cass., civ., sent. 8 febbraio 1994, n. 1265, in *Dir. Fam. e Pers.*, 1994, I, pp. 871 a 874.
- PADELETTI, Guido: *Storia del Diritto Romano. Manuale ad uso delle scuole*. Con note di Pietro COGLIOLO, Firenze, 1886, 2.<sup>a</sup> ed.

- PALAZZO, Antonio: *Le donazioni -Artt. 769-809-. Commentario al Codice civile*, diretto da Piero SCHLESINGER, Milano, 2000, 2.<sup>a</sup> ed.
- PASQUALI: «Le attribuzioni patrimoniali tra fidanzati in vista del matrimonio», nota a Cass., civ., sent. 15 febbraio 2005, n. 2974, in *Fam. Per. Succ.*, 2006, pp. 9 y ss.
- PASQUINI, MARIANGELA: «La c.d. condizione di contrarre matrimonio dalla liceità alla illiceità», nota a Cass., civ., Sez. II, sent. 15 aprile 2009, n. 8941, in *Giur. it.*, 1, 2010. pp. 81 a 94.
- PASTORI, Franco: *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano, 1961.
- PATTI, Salvatore: *Prove. Disposizioni generali. Artt. 2697-2698. Commentario del codice civile*, a cura di Antonio SCIALOJA e Giuseppe BRANCA, Zanichelli, Bologna-Roma, 1987, 1.<sup>a</sup> ed.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derecho de Familia*, Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1989.
- PEROZZI, Silvio: *Istituzioni di Diritto romano. 1. Introduzione. Diritto delle persone. Le cose e i diritti delle cose. Il possesso*, Casa editrice Dott-Francesco Vallardi, Milano, 1928, 2.<sup>a</sup> edizione ripedita ed ampliata (reintegrazione 1947).
- PESCATORE, Gabriele, e RUPERTO, Cesare: *Codice Civile annotato con la giurisprudenza della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e delle Giurisdizioni Amministrative Superiori*, T. I (artt. 1-1469 bis), Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2007, 14.<sup>a</sup> ed.
- PETOT, Pierre: *Historie du droit privé français. Le familia*, Paris, 1922.
- PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *Tratado Práctico de Derecho civil francés. II. La familia, matrimonio, divorcio, filiación*, traducido de Mario DÍAZ CRUZ y Eduardo LE RIVEREND BRUSONE, Ed. Cultural, Habana, 1940.
- PLAUTO: *Comedias Gorgojo. El ladino cartaginés. Tres monedas. Truculento*. Edición de Rosario López Gregoris, Akal/Clásica, 2004.

- PRIETO GONZÁLEZ, Carlos: «Sobre la forma de los esponsales desde el siglo XVI hasta nuestros días», en *Liber amicorum*. Ignacio DE LA CONCHA (coord.), Universidad de Oviedo, 1986, pp. 413 a 425.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino: *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955.
- : voce «La promessa di matrimonio in Diritto Comparato», in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione Civile, XV, UTET Giuridica, Torino, 1997, pp. 413 a 420.
- PROVENZA: *Della promessa di matrimonio*, IV, Foro It., 1953.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamento de Derecho civil*. IV. *Familia-Matrimonio*, Bosch, Barcelona, 1967.
- : *Fundamento de Derecho civil*. IV. *Familia-Matrimonio*, Bosch, Barcelona, 1982, 2.<sup>a</sup> ed.
- : *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V, Vol. I, Barcelona, 1990, 3.<sup>a</sup> ed.
- PUIG PEÑA, Federico: *Tratado de Derecho civil español*. II. *Derecho de Familia*. *Teoría general del matrimonio*, Vol. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947.
- : *Compendio de Derecho Civil español*. V. *Familia y Sucesiones*, Ed. Pirámide, Madrid, 1976, 3.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día.
- QUESADA SÁNCHEZ, José Antonio: «Consecuencias prácticas derivadas de la llamada promesa de matrimonio», en *NJ*, 2001, pp. 1 a 3.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia*, Dykinson, Madrid, 2001.
- RAVÀ, Adolfo: *Lezioni di diritto civile sul matrimonio*, Padova, 1935.
- REALES ESPINA, Juan Ignacio: *La obligación natural, en el Código civil*, Ed. Comares, Granada, 2000.
- REINA, Victor y MARTINELL, Josep M.<sup>a</sup>: *Curso de Derecho Matrimonial*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995.

- RESCIGNO, Pietro: *Collana Diritto Privato. Diritto di Famiglia*, a cura di Fulvio UCCELLA, IPSOA, 1996.
- RIBO DURÁN, Luís: *Diccionario del Derecho*, Vol. II, Librería Bosch, Barcelona, 2005, 3.<sup>a</sup> ed.
- RICCOBONO, Salvatore: «Arra sponsalicia secondo la const. 5 Cod. de sponsalibus V-1», in *Studi in onore di F. PEPERE*, Napoli, 1900, pp. 191 a 198 (in *Scritti di diritto romano*, I, Palermo, 1957, pp. 177 a 186).
- : «Prospectus montium. La citazione del L.III quaest di Papiniano in Armenopulo», in *Studi giuridici in onore di Carlo FADDA*, per XXV anno del suo insegnamento, 1, Napoli, 1906, pp. 289 a 307.
- RIERA AISA, Luis: *El noviazgo ante el derecho civil*, Estudios Jurídicos, Barcelona, 1959.
- RIGANO, Giosafat: «La restituzioni dei doni scambiati tra fidanzati a causa della promessa di matrimonio ed il c.d. fidanzamento ufficiale», nota a Cass., civ., sent. 8 febbraio 1994, n. 1260, in *NGCC*, 1995, I, pp. 294 y ss.
- RIMINI, Carlo e VIGANÒ, Giulia: *Diritto di Famigli. Repertorio sistematico di giurisprudenza*, Cedam, 2009, 2.<sup>a</sup> ed.
- RIODA, Marika: «Il danno esistenziale», in *Studium Iuris*, coordinatore e direttore Alessio ZACARIA, Cedam, 2010, pp. 343 a 350.
- ROCA I TRIAS, Encarna; BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula; CLEMENTE MEORO, Mario; LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel; MONTÉS PENADÉS, Vicente; PRATS ALBENTOSA, Lorenzo y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> Rosario: *Derecho de Familia*, Encarna ROCA I TRIAS (coord.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, 3.<sup>a</sup> ed.
- ROMANO, Santi: *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 1947.
- ROMERO Y GINZO, Joaquín: *Sala Novísimo ó nueva ilustración del Derecho Real de España*, dedicada a Ramón DE LA SAGRA, T. I, Madrid, 1843, 2.<sup>a</sup> ed.

- ROSELLI, Federico: voce «Decadenza» (Diritto civile), in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988, pp. 1 y ss.
- ROSSI, Alessandra e CARLEO, Roberto: *Commento agli articoli 79-80-81 cod. civ. Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di PERLINGIERI, Napoli, 2010.
- ROUAST, André: *Traité pratique de droit civil français*, a cura di Marcel PLANIOL e George RIPERT, II, Le famille, Mariage, Divorce, Filiación, Parigi, 1952.
- RUSSO, Ennio: *Le idee della riforma del diritto di famiglia*, in *Studi sulla riforma di diritto di famiglia*, I, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1973, pp. 3 a 50.
- SACCHI, Osvaldo: «A proposito di «sponsalia»». Recensione al secondo volumen di Ricardo ASTOLFI, *Il fidanzamento nel Diritto romano*, 2, Padova, 1992, in *Labeo*, n. 40, 1994, pp. 266 a 272.
- SALA, Juan: *Ilustración del Derecho Real de España*, T. I, Madrid, 1829, 2.<sup>a</sup> ed.
- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José: *Historia el Derecho. I. Instituciones políticas y administrativas*, Madrid, 1995.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho civil. IV. Derecho de Obligaciones. Derecho de la Contratación*, Sucesores de RIVADENEYRA, Madrid, 1899, 2.<sup>a</sup> ed.
- : *Estudios de Derecho civil. V. Derecho de Familia*, Vol. II, Madrid, 1912, 2.<sup>a</sup> ed., reformada, corregida y ampliada.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Galo: *Fueros Castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, Madrid, 1919.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: «Comentario a los artículos 43 y 44 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, II, Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), Edersa, Madrid, 1978.
- SANFILIPPO, Cesare: «Nuptias alieno nomine constituere?», in *IVRA*, n. 27, 1976, pp. 101 a 104.



- SANGERMANO, Francesco: «La rottura della promessa di matrimonio», in *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, a cura di Paolo CENDON, Vol. I, Cedam, Milano, 2004, pp. 779 a 799.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco: *Doctrinae Generali del Diritto Civili*, Ristampa della nona edizione, Casa Editoriale Dott, Eugenio Jovene S.N.C., Napoli, 1957.
- : voce «Atto giuridico», in *Enc. dir.*, IV, Roma, 1959, pp. 203 y ss.
- : «Lineamenti della promessa di matrimonio secondo il nuovo codice civile», in *Saggi di Diritto Civile*, introduzione di Pietro RESCIGNO, I, Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1961, pp. 389 y ss.
- SANTOSUOSSO, Fernando: «Il matrimonio e il regime patrimoniale della famiglia», in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da Walker BIGIAMI, redatta a cura di Magistrati e Docenti, UTET Giuridica, Torino, 1965, pp. 30 a 52.
- : «Delle persone e della famiglia. Il matrimonio», in *Commentario del codice civile*, redatto a cura di Magistrati e Docenti, Libro I, T. I, UTET Giuridica, Torino, 1981, pp. 21 a 49.
- : «Il matrimonio», in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da Walker BIGIAMI, UTET Giuridica, Torino, 1989, 3.<sup>a</sup> ed., pp. 9 a 22.
- SCARCELLA, Agatina Stefania: «Libertà matrimoniale e stipulatio poenae», in *SDHI*, n. 66, 2000, pp. 147 a 164.
- SCHULZ, Fritz: *Derecho Romano Clásico*. Traducción directa de la edición por José SANTA CRUZ TEIGEIRO, Bosch, Barcelona, 1960.
- SERAFINI, Felipe: *Instituciones de Derecho Romano*, versión española de la sexta edición italiana y comparación con el Derecho civil español, general y especial de Cataluña, por D. Juan DE DIOS TRÍAS, T. I, José Espasa Editor, Barcelona, 1927.
- SERRANO ALONSO, Eduardo: *El nuevo Matrimonio Civil. Estudio de las leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, de 8 de julio, de Reforma del Código*

*Civil. Con formularios*, con la colaboración de Carolina SERRANO GÓMEZ y Eduardo SERRANO GÓMEZ, Edisofer, Madrid, 2005.

SESTA, Michele: *Diritto di Famiglia*, Cedam, Milano, 2005, 2.<sup>a</sup> ed.

SHEPIS, Michela: «Prima i confetti poi i difetti...: le conseguenze della rottura della promessa di matrimonio secondo la Corte di Cassazione», nota a Cass., civ., Sez. III, sent. 15 aprile 2010, n. 9052, in *Giur. it.*, UTET Giuridica, 2010, 11, pp. 2282 a 2287.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio: *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*. Adaptado a las Leyes 13/2005 y 15/2005 (coords.), Pedro GONZÁLEZ POVEDA y Pilar GONZÁLEZ VICENTE, Sepín editorial jurídica, 2005.

SIERRA NAVA, Luis y FÉLIX DE LEQUERICA, José: *La reacción del episcopado español ante los decretos de matrimonios del ministro Urquijo de 1799 a 1813*, Ed. Estudios de Deusto, Bilbao, 1964.

SOCIEDAD DE ABOGADOS: *Febrero*, arreglado á la legislación y practica vigentes, T. II, Barcelona, 1849.

SOLAZZI, Siro: «Le nozze della minorenni», in *Scritti di diritto romano*, 2, Napoli, 1957, pp. 147 a 165.

--: «Le nozze della minorenni», in *Atti della R. Accademia delle Scienze di Torino*, 51, Torino, 1916, pp. 749 a 774.

STANZIONE, Pasquale: «Matrimonio in Diritto Comparato», in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, XI, UTET Giuridica, Torino, 1994, pp. 296 a 317.

STOLFI, Nicola: *Diritto civile*, Vol. III, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1919.

--: *Diritto civile*, Vol. V, Torino, 1921.

STRÄTZ, Hans-Wolfgang: «Le concubinage», in AA. VV., *Mariage et famille en question (l'évolution contemporaine du droit allemand)*, Paris, 1980.

- TAMASSIA, Giovanni: *Osculum interveniens. Contributo alla storia dei riti nupziali*, Turin, 1885.
- TARAÇONA, Micer Pere: *Institucions dels furs i privilegis del Regne de València*, València, 1580.
- TARRASA ROMANS, Manuel: *Estudios de Derecho civil de España comparado con el romano y el extranjero según el orden del Proyecto de Código civil español*, Salamanca, 1866.
- TATARANO, Giuseppe: «Rapporti da promessa di matrimonio e dovere di correttezza», in *Riv. dir. civ.*, fondata da Walter BIBIAVI, diretta da Alberto TRABUCCHI, Cedam, Padova, 1979, pp. 649 a 679.
- : «La Promessa di Matrimonio», nel *Trattato di diritto privato*, diretto da Pietro RESCIGNO, Vol. II, *Persone e Famiglie*, T. I, UTET Giuridica, Torino, 1982, pp. 525 a 533.
- TEDESCHI, Guido: *La promessa di matrimonio nel diritto civile italiano*, Società Tipografica Modenese, 1930.
- : voce «Matrimonio (Promessa di) (Diritto civile)», in *MNDI*, diretto da Antonio AZARA e Ernesto EULA, X, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1964, pp. 419 a 424.
- TEJADA Y RAMIRO, Juan: *El Sacrosanto, Ecuménico y General Concilio de Trento*. En latín y castellano, Madrid, 1859.
- TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes: «Notas sobre las donaciones por razon de matrimonio a la luz de la Reforma del Código civil en materia de separación y divorcio», en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI: (Jornadas Internacinales sobre las reformas de Derecho de familia. Ponencias y Comunicaciones. Madrid, 27, 28 y 29 de junio de 2005)*, Fátima YAÑEZ VIVERO; Araceli DONADO VARA y María Fernanda MORETÓN SANZ (coords.), Carlos LASARTE ÁLVAREZ (dir. congreso), Madrid, 2006, pp. 523 a 540.

- TIERNO GALVÁN, Enrique: *Leyes políticas españolas fundamentales (1808-1978)*. Recopilación y prólogo por Enrique TIERNO GALVÁN, Tecnos, Madrid, 1979, 2.<sup>a</sup> ed.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de Historia del Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 1983, 3.<sup>a</sup> ed.
- TORRENT RUIZ, Armando: *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1987.
- : *Diccionario de Derecho romano*, Edisofer, Madrid, 2005.
- TORRENTE, Andrea: *La donazione. Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Antonio CICU e Francesco MESSINEO, Vol. XXII, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1956.
- : oss a Trib. Benevento, sent. 25 maggio 1946, in *Foro It.*, 1946, I.
- TRABUCCHI, Alberto: nota a Trib. Forlì, 15 marzo 1949, in *Giur. it.*, 1950, I, 2, pp. 334 y ss.
- : «Solennità della promessa e contestualità negli sponsali, in *Giur. it.*, 1953, I, 2, cc. 27 a 30.
- : «Matrimonio», in *Commentario alla riforma del Diritto di Famiglia*, T. I, Parte Prima (artt. 1-89), a cura di Luigi CARRARO, Giorgio OPPO e Alberto TRABUCCHI, Cedam, Padova, 1977, p. 84.
- : voce «Promessa di matrimonio», in *NNDI*, VI, Torino, 1986, pp. 42 y ss.
- : «Della promessa di matrimonio», in *Commentario al Diritto Italiano della Famiglia*, a cura di Giorgio CIAN, Alberto TRABUCCHI e Giorgio OPPO, Vol. II, Cedam, Milano, 1992, pp. 3 a 34.
- : *Istituzioni di Diritto civile*, Cedam, Milano, 1993, 34.<sup>a</sup> edizione aggiornata con le riforme legislative e con la giurisprudenza.
- : «Della promessa di matrimonio», in *Commentario al Diritto Italiano della Famiglia*, a cura di Giorgio CIAN, Alberto TRABUCCHI e Giorgio OPPO. Indice generali dell'opera a cura di Maria Beatrice MILVIO, Vol. VIII, Cedam, Milano, 1995, pp. 166 a 169.

- TUCCI, Giuseppe: «La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile», in *Riv. Dir. Civ.*, I, 1967, pp. 229 y ss.
- : *Il danno ingiusto*, editore Jovene Napoli, 1970.
- UCCELLA, Fluvio: voce «Matrimonio» I) (Matrimonio civile), in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990, pp. 9 a 12.
- : *Diritto di Famiglia*, diretta da Pietro RESCIGNO, IPSOA editore, 1996.
- URTEAGA EMBIL, José María: «voce Promesa de matrimonio», en *Diccionario de Derecho Canónico*. Carlos CORRAL (dir.), Tecnos, Madrid, 2000, pp. 566 a 568.
- VALLECILLO, Antonio: *Ordenanzas de S.M. para El Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus ejércitos*. Ilustradas por los artículos con las reales órdenes expedidas hasta la fecha de esta edición, T. III, Madrid, 1852.
- VALVERDE VALVERDE, Calixto: *Tratado de derecho civil español*. IV. *Parte especial. Derecho de Familia*, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1938, 4.<sup>a</sup> ed.
- VARGAS ARAVENA, David Gonzalo: *Daños civiles en el Matrimonio*, Salamanca, 2009.
- VARRÓN, TERCENIO, Marco: *De lingua latina*. Edición bilingüe. Introducción, traducción y notas de Manuel-Antonio MARCOS CASQUERO, Antropos, Madrid, 1990.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos: *Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio (Ley 30/1981, de 7 de julio)*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981.
- : *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1999, 5.<sup>a</sup> ed.
- : *Código civil. Comentarios, Notas y Jurisprudencia*, Madrid, 2007.
- : «Comentario a los artículos 42 y 43 del Código civil», en *Matrimonio, separación y divorcio. Comentarios a los artículos 42 a 107 del Código*

*civil*, Vlex, 2009, [on line], [última consulta: 16 de julio de 2013], pp. 96 a 98.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: «Iniciativas probatorias del Juez en el proceso civil», en *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, n. 1-2, Bosch, 2009, pp. 21-74.

VICENTE Y CARAVANTES, José: *Tratado de los Tribunales Eclesiásticos. De los procedimientos que se siguen en esta clase de negocios*, Madrid, 1853.

--: *Tratado de los Procedimientos en los Juzgados Militares*, Madrid, 1853.

VIVO DE UNDEBARRENA, Enrique: *El nuevo derecho matrimonial. Estudio de la Reforma de los Códigos Español y Canónico (Latino y Oriental)*, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 1997.

VIZCAÍNO PÉREZ, Vicente: *Compendio del Derecho Público y Común de España ó De las Leyes de las siete partidas*, T. I, Madrid, 1784.

VOCI, Pasquale: *Le obbligazione romane. Il contenuto dell'obbligatio*, I, 1, Milano, 1969.

--: *Studi di Diritto Romano*. Pubblicati a cura della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Padova, II, Padova, Cedam, 1985.

--: «Storia della patria potestas da Costantino a Giustiniano», in *Studi di diritto romano*, 2, Padova 1985, pp. 465 a 543.

--: «Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano», in *Studi di diritto romano*, 2, Padova 1985, pp. 397 a 463.

--: *Instituzioni di Diritto romano*, Dott. A. Giufrè editore, Milano, 1996, 5.<sup>a</sup> ed.

VOLTERRA, Eduardo: voce «Arrha Sponsalicia», in *NNDI*, diretto da Antonio AZARA e Ernesto EULA, II, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1968, pp. 1003 a 1004.

- : voce «Sponsali», in *NNDI*, diretto da Antonio AZARA e Ernesto EULA, XVIII, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1971, pp. 34 a 37.
- : *Instituciones de Derecho Privado Romano*, traduzione, prologo y notas a la edición española de Jesús DAZA MARTÍNEZ, Editorial Civitas, Madrid, 1986.
- : «Studio sull'arrha sponsalicia [I]», in *Scritti giuridici. I. Famiglia e successioni*, con una nota di Mario TALAMANCA, Jovene editore, Napoli, 1991, pp. 3 a 92.
- : «Studio sull'arrha sponsalicia [II]», in *Scritti giuridici. I. Famiglia e successioni*, con una nota di Mario TALAMANCA, Jovene editore, Napoli, 1991, pp. 93 a 124.
- : «Studio sull'arrha sponsalicia [III]», in *Scritti giuridici. I. Famiglia e successioni*, con una nota di Mario TALAMANCA, Jovene editore, Napoli, 1991, pp. 125 a 218.
- : «Sul consenso della filiafamilias agli sponsali», in *Scritti giuridici. I. Famiglia e successioni*, con una nota di Mario TALAMANCA, Jovene editore, Napoli, 1991, pp. 291 a 303.
- : «Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano», in *Scritti giuridici. I. Famiglia e successioni*, con una nota di Mario TALAMANCA, Jovene editore, Napoli, 1991, pp. 339 a 420.
- : «Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani», in *Scritti giuridici. II. Famiglia e successioni*, con una nota di Mario TALAMANCA, Jovene editore, Napoli, 1991, pp. 491 a 507.
- : «Ancora sul consenso della «filiafamilias» agli sponsali», in *Scritti giuridici. II. Famiglia e successioni*, con una nota di Mario TALAMANCA, Jovene editore, Napoli, 1991, pp. 527 a 537.
- : «Il Pap. Oxyrhynchus 129 e la L. 5 C. De spons. 5.1», in *Scritti giuridici. I. Famiglia e successioni*, con una nota di Mario TALAMANCA, Jovene editore, Napoli, 1991, pp. 537 a 542.
- WACKE, Andreas: *Münchener Kommentar zur Bürgerlichen Gesetzbuch. V. Familienrecht*, Beck, München, 1978.

--: Verlöbnis, in AA.Vv., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*.  
V. *Familienrecht*, München, 1989.

WASSERMANN, Rudolf: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in sechs Bänden*, Band 5, *Familienrecht*, Neuwied-Darmstadt, 1981.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *Sistema de Responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.

ZACHARIE, Karl Salomo, CROME Carl y BARASSI, Ludovico: *Manuale di diritto civile francese*, III, Società Editrice Libreria, Milano, 1907-1.

ZAMBRANO, Virginia: «I diritti della personalità», in AA.Vv. *Manuale di diritto privato*, a cura di Pasquale STANZIONE, Giappichelli ed., Torino, 2009, pp. 309 a 347.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis: *Derecho de familia y de la persona*, Vol. VII. Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA (coord.), Bosch, Barcelona, 2007.



**ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS ESPAÑOLAS**



### **Tribunal Supremo**

Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de enero de 1879.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 1881.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de enero de 1913.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de enero de 1915.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de abril de 1929.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de junio marzo de 1931.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 1957.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 1958.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de marzo de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de septiembre de 1993.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de junio de 1994.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de diciembre de 1994

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996.

### **Audiencias Provinciales**

#### **Sentencias**

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 11 de febrero de 1994.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 24 de octubre de 1994.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 16 de enero de 1997.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, de 14 de enero de 1998.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.<sup>a</sup>, de 27 de enero de 1998.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 15 de abril de 1998.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.<sup>a</sup>, de 10 de marzo de 1999.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14.<sup>a</sup>, de 17 de enero de 2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.<sup>a</sup>, de 3 de abril de 2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3.<sup>a</sup>, de 21 de julio de 2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.<sup>a</sup>, de 2 de noviembre de 2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 5.<sup>a</sup>, de 15 de noviembre de 2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 21 de diciembre de 2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 30 de enero de 2001.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.<sup>a</sup>, de 2 de abril de 2001.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 3.<sup>a</sup>, de 29 de noviembre de 2002.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.<sup>a</sup>, de 11 de diciembre de 2003.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19.<sup>a</sup>, de 24 de marzo de 2004.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.<sup>a</sup>, de 8 de octubre de 2004.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4.<sup>a</sup>, de 19 de abril de 2005.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.<sup>a</sup>, de 14 de diciembre de 2005.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.<sup>a</sup>, de 3 de mayo de 2005.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 20 de marzo de 2006.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.<sup>a</sup>, de 2 de octubre de 2006.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.<sup>a</sup>, de 10 de julio de 2007.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.<sup>a</sup>, de 5 de marzo de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.<sup>a</sup>, de 16 de abril de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19.<sup>a</sup>, de 12 de junio de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19.<sup>a</sup>, de 13 de marzo de 2009.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.<sup>a</sup>, de 29 de mayo de 2009.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 8.<sup>a</sup>, de 9 de junio de 2009.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.<sup>a</sup>, de 15 de enero de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.<sup>a</sup>, de 16 de septiembre de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.<sup>a</sup>, de 7 de junio de 2011.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 4.<sup>a</sup>, de 3 de enero de 2012.

**ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS ITALIANAS**





**Corte di cassazione**

Cass., civ., sent. 26 de novembre de 1926: 340.

Cass., civ., sent. 5 dicembre 1928, n. 3606: 409.

Cass., civ., sent. 10 giugno 1949: c. 1060.

Cass., civ., sent. 22 febbraio 1949, n. 322: n. 99.

Cass., civ., sent. 30 marzo 1949, n. 728: 1.

Cass., civ., sent. 31 luglio 1951, n. 2271: c. 15.

Cass., civ., sent. 7 agosto 1952, n. 2586: n. 41.

Cass., civ., sent. 4 dicembre 1952, n. 3115: c. 2.

Cass., civ., sent. 29 maggio 1955, n. 3115: c. 1454, nn. 30-31.

Cass., civ., sent. 14 luglio 1956, n. 2660: n. 142.

Cass., civ., sent. 26 giugno 1959: c. 1857.

Cass., civ., sent. 29 maggio 1965, n. 1105: 1548.

Cass., civ., sent. 21 febbraio 1966, n. 539: c. 1686, n. 44

Cass., civ., sent. 12 settembre 1968, n. 2934: 2703.

Cass., civ., sent. 27 giugno 1969, n. 2324: 1593.

Cass., civ., sent. 24 gennaio 1972, n. 178: 3534.

Cass., civ., sent. 9 novembre 1973, n. 2947: n. 164.

Cass., civ., sent. 14 novembre 1975, n. 3831: 61.

Cass., civ., sent. 13 novembre 1975, n. 3825: n. 161.

Cass., civ., Sez. I, sent. 17 febbraio 1976, n. 510: 961.

Cass., civ., Sez. I, sent. 11 marzo 1976, n. 846: 961.

Cass., civ., sent. 11 maggio 1979, n. 2693.

Cass., civ., sent. 19 dicembre 1980, n. 6568: 1415.

Cass., Sez. I, civ., sent. 2 maggio 1983, n. 3015: 916, 1370.

Cass., civ., sent. 29 novembre 1986, n. 7064: 805.

Cass., civ., sent. 15 maggio 1987, n. 4487: c. 399.

Cass., civ., sent. 15 dicembre 1987, n. 9272: 399.

Cass., civ., sent. 10 dicembre 1988, n. 6720: 70.

Cass., civ., sent. 17 settembre 1990, n. 1512.

Cass., civ., Sez. III, sent. 10 agosto 1991, n. 8733: c. 1108.

Cass., civ., sent. 3 dicembre 1991, n. 12921.

Cass., civ., sent. 8 luglio 1993, n. 7493: 949.

Cass., civ., sent. 28 agosto 1993, n. 9125.

Cass., civ., sent. 8 febbraio 1994, n. 1260: 1192.

Cass., civ., sent. 31 maggio 2003, nn. 8827-8828: c. 2272.

Cass., civ., sent. 15 febbraio 2005, n. 2974: 9.

Cass., civ., sent. 15 luglio 2005, n. 15022: c. 1344.

Cass., civ., sent. 9 novembre 2006, n. 23918: c. 227.

Cass., civ., Sez. Unite, sent. 11 novembre 2008, n. 26972

Cass., civ., sent. 15 aprile 2009, n. 8941: 81.

**Corti d'appello**

- App. Trani, 29 dicembre 1879: n. 6.
- App. Napoli, sent. 18 dicembre 1915: c. 380.
- App. Catanzaro, sent. 7 febbraio 1928: n. 13.
- App. Bologna, sent. 2 giugno 1930: nn. 30 a 33.
- App. Bari, sent. 2 marzo 1931: n. 34.
- App. Bologna, sent. 28 marzo 1940: n. 36.
- App. Torino, sent. 31 marzo 1942: nn. 27-28.
- App. Palermo, sent. 18 maggio 1945: n. 36.
- App. Firenze, sent. 26 luglio 1948: n. 65.
- App. Torino, sent. 22 marzo 1949: 168.
- App. Cagliari, sent. 29 marzo 1949: nn. 107-108.
- App. Bologna, sent. 12 ottobre 1950: 407.
- App. Torino, sent. 27 maggio 1953: 1473.
- App. Milano, sent. 25 giugno 1954: 274.
- App. Catanzano, sent. 30 novembre 1954: n. 43
- App. Napoli, sent. 13 marzo 1956: nn. 28-29.
- App. Torino, sent. 26 aprile 1956: n. 148.
- App. L'Aquila, sent. 8 marzo 1957: 572.
- App. Reggio Calabria, sent. 18 luglio 1958: 216, 219.
- App. Palermo, sent. 14 agosto 1958: n. 90.
- App. Firenze, sent. 27 aprile 1966: 879.

App. Napoli, sent. 13 febbraio 1974: 2110.

App. Palermo, sent. 30 maggio 1981.

App. Roma, sent. 3 febbraio 1982: 73.

App. Roma, sent. 18 ottobre 2006: 295.

### **Tribunali**

Trib. Venezia, sent. 18 febbraio 1927: 119.

Trib. Verona, sent. 30 dicembre 1936: 292.

Trib. Torino, sent. 1 luglio 1938: 1347.

Trib. Trani, sent. 27 novembre 1945: 155.

Trib. Benevento, sent. 25 maggio 1946: c. 141.

Trib. Roma, sent. 14 gennaio 1948: 141.

Trib. Forlì, sent. 15 marzo 1949: c. 334

Trib. Milano, sent. 21 dicembre 1950: c. 840.

Trib. Chiavari, sent. 30 luglio 1951: 582.

Trib. Treviso, sent. 5 giugno 1952: c. 27.

Trib. Firenze, sent. 8 marzo 1952: c. 1481, nn. 43-45.

Trib. Reggio Calabria, sent. 29 settembre 1954: nn. 28-29.

Trib. Salerno, sent. 3 settembre 1959: 314.

Trib. Genova, sent. 17 luglio 1960: 433.

Trib. Milano, sent. 12 maggio 1961: 529.

Trib. Roma, sent. 26 luglio 1962: 208.

Trib. Roma, sent. 26 luglio 1961: 739

Trib. Milano, sent. 29 marzo 1963: 527.

Trib. Foggia, sent. 11 maggio 1963: c. 36.

Trib. Roma, sent. 27 luglio 1963: 199.

Trib. Napoli, sent. 29 luglio 1965: 62.

Trib. Foggia, sent. 5 aprile 1966: 63.

Trib. Torino, sent. 11 giugno 1966: 186.

Trib. Lucera, sent. 21 giugno 1967: 11.

Trib. Vercelli, sent. 7 agosto 1969: 726.

Trib. Pisa, sent. 3 febbraio 1976: 961.

Trib. Roma, sent. 5 febbraio 1979: 795.

Trib. Verona, sent. 29 gennaio 1982: n. 131.

Trib. Reggio Calabria, Sez. II, sent. 12 agosto 2003: 282.

Trib. Napoli, Sez. II, sent. 27 gennaio 2005: 1828.

### **Preture**

Pret. Otranto, sent. 19 dicembre 1946: nn. 29-30.

Pret. Mazzarino, sent. 11 maggio 1940: nn. 42 a 43.

Pret. Sapri, sent. 22 giugno 1957: 541.

Pret. Acquaviva delle Fonti, sent. 18 marzo 1967: 1362.

Pret. Napoli, sent. 17 novembre 1964: 46.

Pret. Milano, 2 dicembre 1999: c. 840.