

## **La renovación de los Códigos Civiles decimonónicos: La supervivencia institucional de la promesa de matrimonio en el Código Civil portugués<sup>1</sup>**

**The renewal of the decimononic civil codes: The institutional survival of the promise os marriage in the portuguese Civil Code**

Encarnación Abad Arenas<sup>2</sup>

UNED

eabad@der.uned.es

Recepción: 17/07/2019 Revisión: 11/10/2019 Aceptación: 06/11/2019 Publicación: 10/11/2019

### **Resumen**

En el presente estudio analizamos la regulación de la promesa al amparo del CC portugués de 1966 y las implicaciones que comporta para los promitentes. El en texto nos detenemos en el estudio del vigente art. 1.591 CC fruto de la reforma practicada por Lei n. 9/2010, de 31 de mayo de 2010 que, aunque se presenta en idénticos términos que el derogado art. 1.591 CC de 1966, lo cierto es que ha suprimido la expresión “de sexo diferente”, equiparando la promesa realizada por pareja heterosexual de la efectuada por pareja homosexual. A continuación, nos ocupamos de los preceptos introducidos por el legislador dedicados: a la regulación en materia de restitución de las donaciones efectuadas a causa de la promesa de matrimonio, en caso de imposibilidad de celebración del futuro vínculo matrimonial [arts. 1.592 y 1.593]. Asimismo, nos detenemos en la obligación de indemnizar [art. 1594 CC] que, aunque no se trata de una disposición innovadora, lo cierto es que se diferencia de los dos preceptos previos en que esta obligación únicamente recae sobre el

<sup>1</sup> Este artículo es uno de los resultados del Grupo de Investigación: Historia del Pensamiento Jurídico-Político (GIHPJ-P), GRUPO 97 y del Proyecto de Investigación I+D+i: Postmodernidad y proceso judicial europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial (DER2017-87114-P).

<sup>2</sup> Profesora Doctora de Derecho Civil de la UNED (Contratada Doctora acreditada) y, Coordinadora del Máster Universitario en Arbitraje y Mediación: Alternativas a la Resolución Judicial de Conflictos, UNED.

promitente culpable, mientras que en aquellos otros la obligación de restituir recae indistintamente sobre ambas partes, medie o no "culpa". También aludimos a las particularidades que presenta este precepto, destacándose: que el alcance de la obligación indemnizatoria sea extensible también a los padres del promitente inocente e, incluso a terceros; la medida del daño resarcible, limitada a los "gastos efectuados" y "obligaciones contraídas" a causa de la promesa y, que la indemnización sea fijada al arbitrio de la autoridad judicial. Para finalizar, analizamos el art. 1.595 CC. Precepto con el que se ha salvado lo concerniente al plazo de la caducidad de las acciones tanto para exigir la obligación de restitución [arts. 1.592 y 1.593 CC], como para la obligación de indemnización [art. 1.594 CC].

**Palabras claves:** Esposales, Promesa de matrimonio, Daños resarcibles, Retractación.

### Abstract

In the present study we analyze the regulation of the promise under the Portuguese CC of 1966 and the implications that it entails for the promising. In text we stop in the study of current art. 1.591 CC as a result of the reform practiced by Lei n. 9/2010, of May 31, 2010 which, although presented in identical terms as the repealed art. 1.591 CC of 1966, the truth is that it has suppressed the expression "of a different sex", equating the promise made by a heterosexual couple to that made by a homosexual couple. Next, we take care of the precepts introduced by the legislator dedicated: to the regulation in the matter of restitution of the donations made because of the promise of marriage, in case of impossibility of celebrating the future matrimonial bond [arts. 1.592 and 1.593]. Likewise, we stop in the obligation to indemnify [art. 1.594 CC] that, although it is not an innovative provision, the truth is that it differs from the two previous precepts in that this obligation rests solely with the guilty party, while in those others the obligation to return falls interchangeably on both parties. , whether or not "fault". We also allude to the particularities presented in this precept, highlighting: that the scope of the indemnification obligation is also extensible to the parents of the innocent promiser and even to third parties; the extent of the compensable damage, limited to the "expenses incurred" and "obligations incurred" because of the promise and, that the compensation be set at the discretion of the judicial authority. Finally, we analyze art. 1.595 CC. Except with which it has been saved concerning the term of the expiration of the actions both to demand the obligation of restitution [arts. 1.592 and 1.593 CC], as for the indemnity obligation [art. 1.594 CC].

**Keywords:** Betrothal, Promise of marriage, Compensable damages, Retraction.

### Sumario

1. Consideraciones preliminares
2. La ineficacia de la promesa de matrimonio
  - 2.1. La promesa de matrimonio y el principio de libertad matrimonial

## 2.2. Requisitos de la promesa de matrimonio

### 2.1.1. La bilateralidad de la promesa

### 2.1.2. La capacidad

### 2.1.3. La forma de la promesa

## 3. La obligación de la restitución

3.1. Supuestos de incapacidad o de retirada de la promesa de matrimonio por uno de los promitentes

3.2. Supuesto de fallecimiento de uno de los promitentes

## 4. La indemnización del daño: Requisitos

### 4.1. Daño indemnizable

### 4.2. La limitación del quantum resarcible

## 5. La caducidad de la acción

### 5.1. Legitimación activa y pasiva

5.2. El plazo del ejercicio de la acción y concreción del “dies a quo”

5.3. La carga de la prueba

## 6. Reflexiones conclusivas

## 7. Bibliografía

## 1. Consideraciones Preliminares

En primer lugar, y previamente a la entrada en vigor del CC portugués de 1966, conviene precisar que las disposiciones que regulaban la institución de los esponsales o promesa de matrimonio fueron, de una parte, el art. 24 del Decreto Núm. 1, de 25 de diciembre de 1910 y, de otra, el art. 1.067 CC portugués, de 1 de julio de 1867. En este sentido, establecían los preceptos:

*«-O consentimento dos contrahentes, para o casamento, só pôde prestar-se irrevogavelmente no proprio acto da celebração d'elle. -So, portanto, nullos os contratos, 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»* ¶ Único. «A disposiçāo dêste artigo não obsta, contudo, a que a pessoa, que, sob promessa de casamento, recebeu nesse intuito quaisquer donativos ou autorizou alguma despesa, seja obrigada à restituïçāo daqueles, ou à indemnizaçāo desta, se lhe fôr exigida» (DA CUNHA GONÇALVES, 1932: 35 y 77). Trad.: «-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». «-La disposición de este artículo no impide, sin embargo, a que la persona que, bajo promesa de matrimonio, recibe por este orden cualquier donación o autoriza cualquier gasto, está obligada a restituir aquellos, o a indemnizar esto, si es indispensable» (ESCOSURA, 2010: 201).*

Estos preceptos -que eran una reproducción textual uno del otro-, declaraban expresamente la nulidad de la institución; se referían indistintamente, a donativos y gastos sin establecer distinción alguna entre aquéllos y, finalmente, aunque en ellos sí se hacía referencia a la obligación de restituir o indemnizar, lo cierto es que no se aludía al plazo para ejercitar las mencionadas acciones.

En la actualidad, y de conformidad con la ordenación sistemática del CC portugués de 1966, las previsiones dedicadas a la promesa de matrimonio se encuentran recogidas en los arts. 1.591, 1.592, 1.593, 1.594 y 1.595 integrados en el Libro IV: *“Direito da Família”*, Título II: *“Do casamento”*, Capítulo II: *“Promessa da casamento”*.

Así, se pronuncian literalmente los preceptos: Artigo 1.591: «*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 1594, mesmo quando resultantes de cláusula penal*» Trad.: Art. 1.591: «-*El contrato mediante el cual, a título de compromiso, esponsales o cualquier otro, dos personas se comprometen a contraer matrimonio no da 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*». Artigo 1.592: «-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*». Trad.: Art. 1.592: «-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*». Artigo 1.593: «-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*».

Trad.: Art. 1.593: «-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».*

El vigente art. 1.591 CC fruto de la reforma practicada por Lei n. 9/2010, de 31 de maio, en Diário da República, 1.ª série, n. 105, de 31 de maio de 2010, se presenta en idénticos términos que el derogado art. 1.591 CC de 1966, con la salvedad, de la supresión de la expresión “de sexo diferente”, equiparándose con ello -al igual que en la mayoría de los Códigos europeos-, la promesa de matrimonio realizada por pareja heterosexual de la efectuada por pareja homosexual.

Por su parte, dos han sido los preceptos introducidos por el legislador dedicados a la regulación en materia de restitución de las donaciones efectuadas a causa de la promesa de matrimonio, en caso de imposibilidad de celebración del futuro vínculo matrimonial. Son: de un parte, el art. 1.592 para supuestos de incapacidad o retractación de una de las partes, que -a diferencia del régimen anterior- prevé un régimen distinto para las donaciones que el establecido para los “gastos efectuados” y las “obligaciones contraídas” en previsión del futuro matrimonio y, de otra, el art. 1.593 para el caso de fallecimiento de uno de los promitentes. Supuesto que, aunque carente de regulación en el régimen anterior, lo cierto es que ahora es concebido como una novedad, salvándose con ello la inexistencia de un precepto de tal importancia en el Código precedente.

Respecto al art. 1.594 CC referido a la obligación de indemnizar, conviene precisar que aunque no se trata de una disposición innovadora, debido a que dichas soluciones ya eran resultado de la necesaria articulación de la obligación de indemnizar como consecuencia del incumplimiento de la promesa de matrimonio, de conformidad con los principios generales de responsabilidad civil, lo cierto es que su diferencia con los dos preceptos previos radica en que esta obligación únicamente recae sobre el promitente culpable, mientras que en aquellos otros la obligación de restituir recae de forma indistinta sobre ambas partes, independientemente de que medie o no “culpa”.

Además, dentro de las particularidades que presenta el precepto, entre otras, destacan las siguientes: De una parte, el hecho de que el alcance de la obligación indemnizatoria sea extensible también a los padres del promitente inocente e, incluso a terceros; de otra, la medida del daño resarcible, limitada a los “gastos efectuados” y “obligaciones contraídas” a causa de la promesa de matrimonio y, finalmente, que la indemnización sea fijada al arbitrio de la autoridad judicial.

Para finalizar, con el texto contenido en el art. 1.595 el legislador ha salvado lo concerniente al plazo de la caducidad -que no de prescripción- de las acciones tanto para exigir la obligación de restitución contemplada por los arts. 1.592 y 1.593 CC, como para la

obligación de indemnización prevista por el art. 1.594. Precepto que hace referencia a un aspecto que no se encontraba contemplado por el régimen precedente de la institución.

En definitiva, estos preceptos que regulan la promesa de matrimonio en la legislación portuguesa -conocida antiguamente con la acepción de *esponsales o desposorios*-, son disposiciones cuya aplicabilidad es extensible tanto al matrimonio civil, como a la promesa de matrimonio católico.

## 2. LA INEFICACIA DE LA PROMESA DE MATRIMONIO

En este punto, y frente a la necesidad de comprender el nuevo esquema establecido por el vigente Código, es necesario confrontar el art. 1.591 con las disposiciones correspondientes a la legislación previa, es decir, con el art. 24 del Decreto Núm. 1, de 25 de diciembre de 1910 y, con el art. 1.067 CC portugués, de 01 de julio de 1867 (TARRASA ROMANS, 1866: 450). Preceptos, en los que se declaraba de forma expresa la “nulidad” de los *esponsales o desposorios*, pero como un efecto necesario de prescripción y, en consecuencia, el consentimiento de los promitentes únicamente podía ser prestado de forma irrevocable en el propio acto de celebración de las nupcias.

En este sentido, con el nuevo texto se omite de forma intencionada e, incluso, justificada el término “nulidad” de la promesa de matrimonio, en el entendido de que el “contrato” es la fuente de las obligaciones de indemnizar, de forma tal, que su incumplimiento originará la indemnización prevista y regulada en el art. 1.594 CC -es decir, que la obligación de indemnizar prevista en el mencionado precepto nace del incumplimiento de la promesa de matrimonio y, por tanto, la responsabilidad del promitente culpable se debe considerar como una responsabilidad de carácter contractual, proveniente del incumplimiento del deber jurídico de contraer nupcias nacido de la promesa (DÖLLE, <sup>1964: 62</sup>).

En suma, con esta redacción se consagra y mejora *apertis verbis* la solución referida a la declaración de nulidad contenida en los textos predecesores, debido a que se ha precisado que la promesa de matrimonio no da derecho a exigir la celebración del matrimonio (NETO, 2010: 1264).

Tratándose, en definitiva, de una consagración que -de forma explícita- aparta innecesariamente la ejecución específica de las obligaciones nacidas del contrato-promesa de matrimonio en general, siempre que a ésta se oponga la naturaleza de la obligación asumida (PEREIRA COELHO; MOURA RAMOS e, DE OLIVEIRA, 2008: 143). Además, el texto contenido en el precepto no alberga dudas respecto del mantenimiento del principio básico que rige todo acto matrimonial. Principio que, asentado sobre el consentimiento de los promitentes, debe ser manifestado en el momento de la celebración del matrimonio “*matrimonia libera ese debent*”, de conformidad con lo preceptuado en los arts. 2.233. 1 y 1.617 del texto legal.

Por otra parte, dos son los rasgos más significativos –dejando aparte el supuesto de las donaciones realizadas por virtud de la promesa de matrimonio- que presenta el art. 1.591 CC y que, en definitiva, definen en este ordenamiento el régimen de la promesa. Son:

De una parte, la concepción de la promesa de matrimonio como el “contrato” por el que dos personas –con independencia del sexo que ostenten- se comprometen a contraer matrimonio entre sí, pero del que no surge obligación alguna para contraerlo y, de otra, que en caso de que la promesa sea infringida con “culpa” por alguno de los promitentes, si ello origina perjuicios o daños en el promitente inocente, el promitente culpable no responderá por la totalidad de los gastos o daños originados, sino únicamente por los realizados en virtud de la promesa y, en expectativa de la celebración de las futuras nupcias.

De ahí que este ordenamiento declare 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. Solución que también ha sido compartida sustancialmente por CC suizo, de 10 de diciembre de 1907 [arts. 90 a 93 CC suizo] al juzgar nula la sanción convencional eventualmente estipulada, por el CC español y, por el CC italiano (ABAD ARENAS, 2018: 10-14).

## 2.1. La promesa de matrimonio y el principio de libertad matrimonial

En este sentido, el legislador –en la línea seguida por otros ordenamientos- ha introducido en el art. 1.594. 1 CC la disposición de que *“...se comprometem a contrair matrimónio não dá direito a exigir a celebração do casamento”*. Disposición que 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 -ya que debe ser fruto de la libre decisión de los contrayentes- se trata de una norma fundada en el derecho absoluto de las partes a contraer nupcias y, en el consiguiente carácter incoercible del consentimiento matrimonial. Por tanto, con este principio se 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, al excluir la libertad, salvaguardándose con ello el principio de libertad matrimonial. En idéntica línea, se han pronunciado la legislación italiana y la española (ASÚA GONZÁLEZ, 2000: 468).

A mayor abundamiento y, como es sabido, en la mayoría de los casos, la voluntad de los promitentes se pone de manifiesto con anterioridad a la ceremonia -ya sea en la forma civil o religiosa-, generándose con ello la realización de numerosos trámites, como sería el caso, por ejemplo, de la organización de todo el proceso preliminar de las publicaciones. De ahí que la promesa de matrimonio genere una razonable y objetiva confianza o esperanza –asentada en las palabras o intenciones de uno de los promitentes en el otro- en que tendrá lugar su cumplimiento y, en la consiguiente, realización del matrimonio proyectado. Confianza

que puede originar la realización de una serie de gastos u obligaciones ya por los prometidos o, por sus parientes o familiares más próximos, que de no ser por aquélla no se habrían realizado.

Por tanto, si acontece de forma excepcional el contrato-promesa de matrimonio sobre la forma clásica de pedida de la novia o, sobre cualquier otra forma social, a mayor abundamiento será la confianza que cada uno de los promitentes deposite en el otro y, en consecuencia, mayor será la responsabilidad moral de ambas partes respecto de la futura celebración de las nupcias.

De lo anterior, se explica el hecho de la inexistencia de fundamento alguno para ignorar por el Derecho la existencia de un contrato-promesa de matrimonio, ni aún siquiera para declarar el hecho de la nulidad de la convención que exime al promitente responsable o culpable por la ruptura de la obligación de indemnizar los daños originados a la otra parte.

Por cuanto atañe a este último aspecto, conviene precisar que esta limitación de la obligación de indemnizar se encuentra asentada sobre el principio de preservar la libre determinación de la voluntad de los promitentes, hasta el mismo instante de la celebración de las nupcias. De ahí, que la indemnización no pueda exceder de ciertos límites, conforme a la imposibilidad de incluir en la promesa de matrimonio -dada la naturaleza que presenta el vínculo matrimonial- la reparación de ciertos daños.

Por tanto, la limitación prevista por el art. 1.591 CC respecto de las indemnizaciones que el promitente inocente puede reclamar al otro, se refieren única y exclusivamente a las derivadas del incumplimiento de la promesa de matrimonio -con exclusión de otras-, es decir, a los "gastos hechos" y las "obligaciones contraídas" en consideración al matrimonio prometido [art. 1.594 CC]. De ahí, que éste no pueda atribuirse derecho alguno sobre cualquier otra reparación, como sería el caso, por ejemplo, del supuesto de los daños morales sufridos con el pretexto de que se ha ofendido a su persona o a su buen nombre (TAVARES, 1922: 715). En idéntica línea, se pronuncia el CC español.

Otra cuestión que deriva la anterior, se concreta en la limitación del *quantum* indemnizable [art. 1.592. 3 CC]. *Quantum* que para su cálculo requiere atender tanto a la medida en que los gastos y las obligaciones sean razonables según las circunstancias del caso y la condición de los contratantes, como a las ventajas que con independencia del matrimonio puedan todavía proporcionar unos y otras y, por tanto, con la finalidad de evitar la especulación y el enriquecimiento indebido, el gasto necesariamente debe ser real.

En síntesis, las novedades más significativas que presenta precepto, se concretan en las siguientes: Se suprime la referencia a personas de "diferente sexo", equiparándose con ello las parejas homosexuales a las heterosexuales; se elimina el derecho a exigir la celebración del matrimonio, rigiendo el principio de libertad de matrimonio; se omite la declaración de la "nulidad" de la promesa y, se obliga al promitente incumplidor a indemnizar los daños causados, al tiempo que se limita el alcance de los daños y el *quantum* de obligación.

En definitiva, este precepto –con algunas diferencias- no se aparta del régimen aceptado por la mayoría de los países europeos e, incluso, del Derecho canónico que, en la

actualidad, en su Canon 1.062 se refiere de forma incidental al derecho especial establecido por la Conferencia Episcopal para la disciplina jurídica de los esponsales.

## 2.2. Requisitos de la promesa de matrimonio

### 2.1.1. La bilateralidad de la promesa

Por cuanto atañe a los requisitos necesarios para que se originen los efectos descritos por los arts. 1.592 y ss., CC. Son:

En primer lugar, y partiendo de la premisa de que la promesa de matrimonio consiste en un “contrato”, necesariamente deberá ser realizada de forma bilateral, no siendo suficiente la mera unilateralidad, subrayándose con ello, la necesidad de un intercambio recíproco de intenciones de las que resulte el serio propósito de las partes de unirse en matrimonio (NETO, 2010: 1263).

En este punto, conviene precisar que, aunque también podría resultar de simples declaraciones tácitas, lo cierto es que no debe confundirse con una fáctica situación de compromiso, de forma contraria a los que sucede con el léxico previsto por el BGB -este Código ha desarrollado tanto la elaboración de conceptos como el “*Das verlöbniss*” que abarca tanto el contrato-promesa de celebración de las futuras nupcias o, el cortejo “*Brautstand*”, como admite la posibilidad de establecer acciones independientes, cuya finalidad es la evaluación de dicho *status* (WACKE, 1989: 93) a la situación de hecho y, a la relación establecida entre los promitentes por virtud del contrato-promesa (DÖLLE, 1964: 63-64)-.

De modo que de la redacción del art. 1.591 CC concretada en “...*contrato... pelo el qual,... duas pessoas...*” se evidencia que esta legislación no atribuye relevancia alguna a este efecto para el supuesto de promesas unilaterales, de forma contraria a lo que sucede en el Código de Derecho canónico, donde se alude de forma expresa à “*matrimonii promissio sive unilateralis sive bilateralis*” [§ 1062. 1].

En segundo lugar y, en consonancia con el carácter que presenta (BEITZKE, 1983: 20) se encontrará sujeta a las disposiciones válidas para el negocio jurídico [arts. 240 y ss., CCportugués de 1966]. De ahí, que, en principio, no exista fundamento alguno para aplicar a la promesa las reglas especiales de contrato de matrimonio en caso de ausencia de los vicios de la voluntad, de conformidad con las modificaciones introducidas por éstas en el régimen común de negocio jurídico, basado en la estabilidad y seguridad que la Ley pretende garantizar al matrimonio una vez celebrado. Adicionalmente, las posibilidades de retractación ofrecidas a los promitentes, en las que no se aplica sanción alguna, cuando no se dañe a la otra parte o haya un justo motivo para la ruptura de la promesa de matrimonio, alcanza idéntico interés al que tenía en otras circunstancias la anulación de la promesa (DÖLLE, 1964: 69-70).

En definitiva, se trata de una promesa de matrimonio que, frente a su naturaleza contractual, requiere para su formalización de forma bilateral, no atribuyéndose relevancia

alguna a la unilateralidad. Asimismo, al encontrarse sometida a las disposiciones válidas que regulan el negocio jurídico, no le serán de aplicación las reglas especiales de contrato de matrimonio, para el caso de ausencia de los vicios de la voluntad.

### 2.1.2. La capacidad

Por cuanto, a los requisitos de validez de la promesa de matrimonio, y en concreto a la “capacidad” de los promitentes, conviene puntualizar que, aunque la legislación portuguesa no se pronuncia a tal respecto, lo cierto es que, siguiendo la línea establecida por otros Códigos europeos, entiende que no se encuentra demasiado sentido al hecho de que personas carentes de la capacidad necesaria para contraer nupcias puedan formalizar promesa válida de matrimonio. Línea en la que se ha pronunciado el legislador español, al prever que, en principio, solo podrán celebrar la promesa de matrimonio aquellas personas que tengan capacidad para contraer nupcias y, a la que se ha equiparado el legislador italiano (ABAD ARENAS, 2018: 91 y ss).

Finalmente, también se abandona por este ordenamiento la aplicación a la promesa de matrimonio de la exigencia del plazo *internupcial* [art. 1.605 CC] para la celebración del nuevo vínculo matrimonial, al tratarse indudablemente de un impedimento de carácter impediente (ORTEGA PARDO, 1949: 6-9).

### 2.1.3. La forma de la promesa

Por lo que a la “forma” del contrato ataña, conviene precisar que el art. 1.591 CC no plantea solución alguna al respecto, por lo que de conformidad con lo preceptuado en el art. 219 del texto legal debe considerarse aplicable a la promesa de matrimonio el *principio de libertad de forma*, conforme al cual se prescinde de que la promesa sea reducida a su formalización por escrito, debido a que la validez de los negocios no se encuentran sujetos a forma especial alguna, salvo que la Ley así lo exija y, por tanto, disfruta de la eficacia limitada que la Ley le atribuye<sup>3</sup>.

En definitiva, el contrato-promesa de matrimonio será válido con independencia de la existencia de cualquier escrito, debido a que el legislador portugués autoriza *sensu contrario* cualquier forma de celebración de la promesa de matrimonio, pudiendo realizarse de forma expresa o tácita (ABAD ARENAS, 2014: 263 y ss.).

## 3. LA OBLIGACIÓN DE LA RESTITUCIÓN

En este sentido, conviene precisar que, en el régimen anterior, el enfoque adoptado para la obligación de la restitución era distinto al previsto en la legislación vigente. Si bien en

<sup>3</sup> En este sentido, A. da Rel. de Lisboa, de 03 de marzo de 1971, no *Bol., Min., Just.*, 205, p. 256.

aquella legislación tanto el art. § único del art. 24 del Decreto Núm. 1, de 25 de diciembre de 1910, como su posterior, el § único del art. 1.067 CC portugués, de 01 de julio de 1867, se referían de forma indistinta a “donaciones” y “gastos”, no estableciendo distinción alguna entre aquéllos<sup>4</sup>. Adicionalmente, y por cuanto atañe a las causas originadoras del incumplimiento de la promesa de matrimonio, conviene matizar que eran semejantes a las previstas, en la actualidad, por los arts. 1.592 y 1.593 CC.

En este sentido, conviene puntualizar que aquellas disposiciones presentaban unos términos confusos e inexplicables, debido a que confundían el régimen jurídico de los “donativos” con el de los “gastos” y, por tanto, les era de aplicación idénticos principios. De ahí que se sostuviese por este ordenamiento que la obligación de restituir debía resolverse por el uso de los mismos fundamentos que explicaban la indemnización de los gastos -es decir, los principios de responsabilidad civil- y, en consecuencia, únicamente tenía legitimidad pasiva, aquél de los promitentes que se retratase “sin justo motivo” (PEREIRA COELHO; MOURA RAMOS e, DE OLIVEIRA, 2008: 35).

### 3.1. Supuestos de incapacidad o de retirada de la promesa de matrimonio por uno de los promitentes

En primer lugar, conviene precisar que el legislador con el texto contenido en el art. 1.592 CC ha aclarado cuál es el destino de las donaciones efectuadas a causa de la promesa de matrimonio y, en virtud de la celebración del futuro matrimonio, cuando aquél no tenga lugar por incapacidad o, por la retirada de una de las partes.

A mayor abundamiento y, para que proceda la obligación de restitución, conviene puntualizar que dos son las condiciones de necesario cumplimiento: De una parte, la necesidad de que los donativos hayan sido recibidos por las partes y, de otra, que se hayan realizado durante el periodo esponsalicio y en virtud de la celebración del futuro vínculo matrimonial. Condiciones que no han planteado controversia alguna ni en doctrina ni en jurisprudencia.

Por tanto, esta obligación -consistente en restituir los donativos recibidos por los promitentes- que existirá -con independencia de “culpa”- desde el mismo instante en que el matrimonio no tenga lugar ya sea por retractación o, por incapacidad de alguna de las partes, recaerá tanto sobre el promitente culpable, como sobre el promitente inocente, debido a la inexistencia de distinción entre aquéllos, originando lo anterior que ambas partes queden obligadas a la restitución de las donaciones, de forma contraria a lo que sucede con la obligación de indemnizar -circunscrita a los “gastos realizados” y “obligaciones contraídas”,

<sup>4</sup> No obstante, está distinción puede verse en la Sentencia del Superior Tribunal de Justicia, de 14 de marzo de 1939, in *Rev., Leg., Jur.*, año 72, p. 204.

en virtud del futuro vínculo matrimonial- prevista por el art. 1.594 CC -precepto limitado únicamente al promitente culpable-.

De lo anterior, se desprende que no se trata de cualquier sanción contra el beneficiario, sino de la mera consecuencia jurídica del incumplimiento de la condición de que las donaciones en cuestión se presumen subordinadas, de forma similar a lo que sucede con las donaciones para el matrimonio.

De ahí que dicha obligación de restitución sea extensible a ambos promitentes independientemente de que medie o no culpa en la no celebración de las nupcias, siempre y cuando se haya recibido por la otra parte o por tercero la donación, ya que, en definitiva, la razón de la restitución siempre será la misma.

Asimismo, y para que el incumplimiento de la promesa de matrimonio -originado por alguna de las dos causas previstas en el art. 1.592. 1 CC- origine la obligación de restitución, conviene precisar que no será suficiente que las donaciones se hubiesen realizado entre los promitentes o, a uno de ellos por un tercero con posterioridad a la promesa, sino que resulta esencial que éstas se realicen “...*por causa de la promesa y, en virtud de la celebración del futuro vínculo matrimonial...*”, no obstante, y de conformidad con esta legislación, nada impide que sean anteriores a la realización de la promesa de matrimonio.

Adicionalmente, conviene puntualizar que aunque ni en el texto, ni en la Ley existe razón alguna para excluir de este ámbito las ropas o los objetos de uso personal exclusivo, como sería el caso, de las joyas que uno de los promitentes haya podido recibir del otro o de un tercero [art. 20 del Anteproyecto de GOMES DA SILVA<sup>1</sup>], lo cierto es que quedarán excluidas de dicha conceptualización y, por tanto, del ámbito restitutorio, tanto aquéllas donaciones realizadas conforme a los usos sociales, como sería el caso, de los regalos de navidad, de cumpleaños o, de una relación de amistad, que en definitiva nada tienen que ver con la futura celebración del matrimonio, como los donativos destinados al consumo –es decir, las cosas consumibles- o, que efectivamente hayan sido consumidas con anterioridad a la discapacidad o retirada de la promesa de matrimonio. Salvedad que sin duda se aproxima más a las limitaciones propias de enriquecimiento sin causa, siendo más favorable, indudablemente, para el obligado, cuando el consumo se convierte en un verdadero enriquecimiento (PIRES DE LIMA e, ANTUNES VALERA: 2010: 61).

En síntesis, en este ordenamiento la restitución de los donativos se justifica en la inexistencia de que la comprobación de la condición de que se presumen subordinados opera bajo la nulidad o anulación de negocio, prevista por el art. 274. 1 del texto legal, al establecer que:

«-1. *Os actos de disposição dos bens ou direitos que constituem objecto do negócio condicional, realizados na pendência da condição, ficam sujeitos à eficácia ou ineficácia do próprio negócio, salvo estipulação em contrário.*» Trad.: «-1. *Los actos de disposición de los*

*bienes o derechos que son objeto de negocio condicional, realizados a la espera de condición, están sujetos a la eficacia o ineficacia del negocio, a menos que se estipule lo contrario».*

Y no como prevé, por ejemplo, el & 1.301 BGB, según los principios de enriquecimiento sin causa (GERNHUBER, 1980: 87 y ss.).

Por su parte, dos son las consecuencias más importantes que prevé el art. 1.592. 2 CC. Son: De una parte, que el deber de restitución comprende no solo las cosas de valor económico capaces de enriquecer el patrimonio del beneficiario, sino que también se extiende a aquellas otras de valor estimativo, afectivo o subjetivo, como sería el caso de los retratos y las cartas y, de otra, que la obligación de restitución alcanza todo lo recibido por el promitente o su valor equivalente, conforme al art. 289. 1, que precisa que:

*«1- Tanto a declaração de nulidade como a anulação do negócio têm efeito retroativo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente». Trad.: «1. Tanto la declaración de nulidad como de anulación del negocio tiene efecto retroactivo, debiendo ser restituido todo lo recibido y, si la restitución en especie no fuera posible, su valor correspondiente».*

No obstante, lo anterior conviene precisar que, si el beneficiario hubiese enajenado de forma gratuita los bienes recibidos, y no fuese posible hacer efectiva contra el enajenante la restitución de su valor, el comprador quedará obligado en lugar de aquél, pero solamente en la medida de su enriquecimiento.

En definitiva, en caso de no celebrarse el matrimonio por incapacidad o por retractación de alguno de los promitentes, cada uno de ellos estará obligado a restituir todas las donaciones recibidas e, incluso, las cartas y retratos personales que el otro promitente o, un tercero le hubiera dado en virtud de la promesa de matrimonio y de la expectativa del aquél, según los términos que se establecen para la nulidad o anulabilidad del negocio jurídico, quedando únicamente excluidas de la obligación de restitución las donaciones realizadas conforme a los usos sociales y las cosas que hayan sido consumidas antes de producida la retracción o, de haberse verificado la incapacidad de uno de los promitentes.

### 3.2. Supuesto de fallecimiento de uno de los promitentes

En este caso, el legislador con el texto contenido en el art. 1.593 CC, ha establecido para este supuesto, un régimen de restitución diferente al previsto para los supuestos de imposibilidad de matrimonio por retractación de una de las partes o, de incapacidad [art. 1.592 CC].

Distinción que inexistente en su legislación precedente, aunque aparece mencionada en el Anteproyecto de PIRES DE LIMA, lo cierto ha sido que la solución adoptada por Ley no se encuentra contenida en el mencionado Anteproyecto, sino en un Anteproyecto posterior, concretamente, en el Anteproyecto de GOMES DA SILVA.

En los siguientes términos, se pronunciaba el art. 6.2 del Anteproyecto de PIRES DE LIMA: «-2. Parece-nos que no caso de o casamento se não celebrar por falecimento de um dos promitentes não se justifica a restituição. Trata-se de um facto superior à vontade dos nubentes, e parece-nos deverem manter-se, por respeito para com o morto, e numa certa medida, os efeitos do noivados». Trad.: «-2. Parece que, si el matrimonio no se celebra por el falecimiento de uno de los promitentes, la restitución no está justificada. Se trata de un hecho superior a la voluntad de los promitentes, debiendo mantenerse, por respeto al fallecido, y hasta cierto punto, los efectos del matrimonio».

En este Anteproyecto no solo no se suprimía la obligación de restituir -ya fuese a favor del supérstite o, de los herederos del fallecido-, sino que se dejaba la solución al libre arbitrio de aquél, originándose con ello la posibilidad de que dichos donativos no fuesen transmitidos a los herederos del promitente fallecido -en el entendido de no existir razón alguna para apartar su derecho a la restitución- y, encontrándonos, por tanto, ante una restricción fundada en una causa justificada de reciprocidad (PIRES DE LIMA e, ANTUNES VALERA: 2010: 62).

De forma tal que, si el supérstite exigía la restitución de las donaciones efectuadas, perdía de forma simultánea el derecho de conservar las donaciones recibidas, debiendo restituirlas a los herederos del difunto, es decir, que el ejercicio del derecho de conservar lo recibido -lo que es lícito y legítimo-, originaba como contrapartida, la pérdida de poder ejercitar el derecho a exigir la restitución de las donaciones efectuadas por él al promitente difunto.

En este sentido, la Ley portuguesa siguiendo el enfoque propuesto por GOMES DA SILVA en su Anteproyecto [art. 21. 2], se aparta del principio de reciprocidad que rige la solución expuesta en líneas previas, tanto para la correspondencia intercambiada como para los retratos personales ofrecidos por los novios entre sí. Principio que, aunque encuentra una justificación perfecta para los casos de donaciones de carácter pecuniario, ciertamente carece de capacidad de respuesta respecto de los objetos carentes de valor económico, es decir, aquéllos que pertenecen al círculo de los recuerdos más íntimos de los promitentes.

De ahí que se explique la solución, a primera vista unilateral del supérstite, concibiéndose lícito y legítimo ejercitar el derecho de retener la correspondencia y los retratos personales del fallecido y, por ende, exigir los que éste hubiese recibido de su parte.

En definitiva, en este ordenamiento se prevé para el caso de fallecimiento, la posibilidad de conservar los regalos por el supérstite, originándose con ello la imposibilidad de exigir la devolución de los regalos que el promitente hubiese realizado al fallecido. Adicionalmente, el supérstite podrá conservar las cartas y retratos, pero a diferencia del supuesto anterior, en este caso sí podrá solicitar los que el difunto hubiera recibido de su parte. No obstante, en caso de que el supérstite hiciese un uso indebido de las cartas o retratos del difunto -en términos contrarios a la protección jurídica previstos por los derechos

de la personalidad [art. 71. 1 CC]-, los familiares o herederos de aquél, podrán utilizar los medios adecuados a las circunstancias del caso [art. 71. 2 CC].

#### **4. LA INDEMINACIÓN DEL DAÑO: REQUISITOS**

En la legislación portuguesa el art. 1.594 CC se concibe como la disposición más importante respecto de la determinación del régimen jurídico que ostenta la promesa, de ahí que en el precepto se establezca de forma minuciosa y detallada los términos de la indemnización originados del incumplimiento de los “esponsales” o “promesa de matrimonio” por uno de los promitentes.

En este sentido, el primer requisito se circumscribe a la acepción de la “culpa” contenida en su apartado primero. Esta culpa que debe ostentar el promitente, debe indudablemente referirse a la “ilicitud” de su conducta. Ilicitud que el art. 1.591 CC, al omitir de forma intencional la declaración de “nulidad” de la promesa de matrimonio -contenida en la legislación o régimen precedente-, la considera, posiblemente, como una “ilicitud contractual”.

Asimismo, conviene precisar que la descripción exacta de la ilicitud de la conducta del promitente estará en función del tipo de comportamiento que en los términos del precepto sirve de fundamento a la obligación de indemnizar.

De lo anterior, dos son los supuestos que se plantean, de una parte, en caso de que esta obligación de indemnizar se origine de la ruptura de la promesa de matrimonio, la conducta del agente aunque deberá traducirse en un acto lícito -de conformidad con el requisito de la libre determinación de la voluntad de las partes de emitir su consentimiento al matrimonio-, lo cierto es que no por ello deja de ser un acto ilícito, amparándose en la violación del deber jurídico de contraer matrimonio, que el promitente había asumido como la libre y espontánea realización de la promesa de matrimonio.

Sin embargo, conviene tener presente que la ilicitud basada en la ruptura de la promesa de matrimonio elimina su ilicitud en relación con cualquier otro aspecto, debido a que la indemnización contemplada por el art. 1.594 CC se constituye como un caso de responsabilidad por hechos lícitos, basado en una ofensa de intereses que la Ley quiere salvaguardar.

Por otra parte, en los supuestos de que la indemnización provenga del hecho de que uno de los promitentes origine con su conducta la retractación del otro o, que haya contribuido a su propia incapacidad para contraer el matrimonio, la ilicitud consistirá en una violación de los deberes accesorios en la conducta que ese promitente ha asumido con la celebración de la promesa de matrimonio. De forma tal que, al comprometerse a contraer matrimonio con el otro promitente, ambos quedan obligados de forma implícita a mantener el compromiso dado para el futuro. No obstante, conviene precisar que su contenido será variable en función de las circunstancias del caso y de las condiciones que ostenten las partes.

De modo que la violación de este deber de comportamiento considera lícita la retractación de la otra parte, pero obliga al promitente incumplidor a indemnizar al promitente inocente o, a las demás personas que tengan derecho a indemnización [art. 1.594 CC].

Asimismo, resulta necesario puntualizar que para que proceda la obligación de indemnización no será suficiente que el promitente haya actuado de forma “ilícita”, sino que también se requiere que medie “culpa”.

Téngase presente que este ordenamiento no ha prosperado en lo concerniente al carácter que debe reunir este requisito, sino que únicamente se limita a exigir que la ruptura de la promesa de matrimonio se realice “sin justo motivo”, con la finalidad, de asegurar la norma a la flexibilidad necesaria para que se adapte a las distintas circunstancias de cada caso. Por tanto, la idea fundamental sobre la que se asienta la fórmula legal (justa causa), es la de eximir de la obligación de indemnizar al promitente al que no le sea posible exigir -ya en vista de hechos posteriores o anteriores a la promesa, pero conocidos con posterioridad a su formalización- que mantenga el compromiso asumido y, en consecuencia, en relación con lo anterior, se tendrán en cuenta: las consideraciones acaecidas de carácter objetivo; las circunstancias particulares de cada caso en concreto y, las condiciones socio-económicas que ostenten las partes.

Otra cuestión que se suscita se concreta en qué consiste el término “justo motivo” en el contexto del art. 1.594 CC y, en este sentido, conviene precisar que la acepción puede tener lugar tanto por un hecho censurable realizado por el otro promitente, como por una circunstancia acaecida de carácter fortuito. Por tanto, dentro de este concepto, entre otros, se incluyen, como ORTEGA PARDO (1949: 7-9), precisa: *“las infidelidades de carácter reiterado realizadas por el otro promitente; la conducta deshonrosa de los progenitores; la difamación o injuria emitida por una de las partes a la otra, aunque con posterioridad se hubiera retractado; los vicios de juego; los malos tratos, las enfermedades incurables o incapacidades de permanente contraídas por una de las partes e, incluso las mutilaciones sufridas”*.

En este sentido, RESCIGNO (1965: 232) entiende que *“el “justo motivo” a que se refiere el precepto ha de ser entendido en función de las organizaciones y concepciones de la vida de los promitentes y del ambiente familiar y social del que provienen pudiéndose incluso extender a otros problemas de índole familiar”*.

Punto en el que, CUNHA SÁ, 1973: 186) sostiene que las observaciones de RESCIGNO pueden ser aprovechadas por el derecho portugués donde por ejemplo se coloca también el problema de apreciar la gravedad de las injurias como fundamento de separación litigiosa de personas o bienes o de divorcio.

Por otra parte, conviene precisar que en caso de que el promitente rompa la promesa de matrimonio con “justo motivo”, pero amparada en razones no imputables a la otra parte, ni será obligado a indemnizar, ni tendrá derecho a indemnización. Asimismo, para que quede exento de la obligación de indemnizar, pero al mismo tiempo tenga derecho a ser

indemnizado por la otra parte, será necesario que además de que medie “justo motivo” para la ruptura o retractación de la promesa, este motivo proceda de un hecho que sea imputable por “dolo” o “culpa” al otro contrayente.

Por último, y en el supuesto de que la ruptura de la promesa de matrimonio se realice como consecuencia de la incapacidad acaecida en alguno de los promitentes, para que el otro promitente tenga derecho a ser indemnizado será necesario que el promitente incapaz o sus representantes hubiesen actuado con dolo.

#### 4.1. El Daño indemnizable

Como ya se ha anunciado en líneas previas, los daños indemnizables quedan reducidos o limitados a la indemnización de los “gastos hechos” y “obligaciones contraídas” en consideración al matrimonio prometido. Por tanto, se establece un régimen limitado y básico, debido a que del tenor literal contenido en el art. 1.594. 1 CC 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 esta obligación.

A mayor abundamiento, el art. 1.594 CC conjugado con la parte final del art. 1.591 ha introducido dos importantes matizaciones en la doctrina general de la responsabilidad civil: De una parte, excluye del ámbito del precepto la indemnización del *lucro cesante* y, de otra, del *quantum* de la indemnización excluye cualquier otro daño emergente, que sea distinto del derivado de los “gastos realizados” y las “obligaciones contraídas” en virtud de la celebración de las futuras nupcias.

De lo anterior, se desprende que únicamente se trata de reparar los daños emergentes comprendidos en el interés contractual negativo de las personas dañadas o lesionadas (DÖLLE, 1964: 76), es decir, 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.

Adicionalmente, el resto de las indicaciones establecidas por el apartado tercero del precepto no pasan de tener la consideración de limitaciones “aparentes”, en la medida en que se trata de simples adaptaciones de Directivas de orden general, de aplicabilidad tanto en materia de responsabilidad civil contractual, como extracontractual (PIRES DE LIMA e, ANTUNES VALERA, 2010: 66).

#### 4.2. La limitación del *quantum* resarcible.

Por cuanto atañe a la limitación del *quantum* reembolsable, conviene precisar que el art. 1.594. 3, prevé que, para atenderse a su cálculo, se deberá tener en cuenta tanto la medida en que los “gastos efectuados” y las “obligaciones contraídas” sean razonables según las circunstancias del caso y la condición de los contratantes, como las ventajas que con independencia del matrimonio puedan todavía proporcionar unos y otras.

De modo que del texto del precepto se desprende la necesidad de 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 y, en consecuencia, cuando se trate de gastos total o parcialmente recuperables, la cuantía será la diferencia entre los gastos hechos y lo que se obtenga de su venta (GARCÍA CANTERO, 1959: 60 y, JEMOLO, 1954: 68).

Por tanto, con la limitación concretada en que los “gastos realizados” y “obligaciones contraídas” deberán ser razonables dadas las circunstancias del caso y las condiciones de las partes, la Ley limita la obligación debida por el promitente a los daños originados del incumplimiento de la promesa que hayan acaecido sin causa adecuada, tal y como se prevé de los Principios de responsabilidad civil (ORTEGA PARDO, 1949: 60). Por el contrario, y a diferencia del legislador portugués, el legislador español no ha establecido de forma expresa criterio alguno para establecer límites razonables al *quantum reembolsable* (ABAD ARENAS, 2014: 268 y ss.).

Adicionalmente, la idea de que el cálculo de la indemnización intenta cumplir las ventajas que con independencia del matrimonio los “gastos efectuados” y las “obligaciones contraídas” puedan proporcionar al promitente lesionado, también representan una concretización más sobre el criterio general, que conforme a lo establecido por el art. 566 CC, manda adoptar para la fijación de la indemnización. En este sentido, en caso de que los muebles comprados o el ajuar adquirido, por ejemplo, tengan alguna utilidad para el promitente inocente, este hecho influirá en la determinación por el daño por él sufrido.

Para finalizar, la novedad más destacable que presenta el art. 1.594. 3 CC –en relación con los principios generales de responsabilidad civil-, se concreta en la introducción del término “...o prudente arbítrio do tribunal...” para la fijación de la indemnización ya medié “dolo” o, “culpa” del obligado. Este equilibrio equitativo que la disposición pone a disposición del Tribunal comporta tener en cuenta tanto la ponderación de la situación económica de las partes, como baremar la posibilidad que podría acarrear una fuerte indemnización. Indemnización que podría constituirse como un instrumento de fuerte presión en el promitente inocente o en sus familiares sobre la libertad del otro promitente, respecto de la celebración del matrimonio. También el CC suizo en su art. 92 hace referencia a la indemnización equitativa<sup>5</sup>.

## 5. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

### 5.1. Legitimación activa y pasiva

Por cuanto atañe a la legitimación pasiva de la indemnización del daño, conviene precisar que ésta compete, al prometido que rompe sin “justa causa” o que por su “culpa” ha

<sup>5</sup> *Vid.*, las anotaciones de SERRA, Ardriano en la Sentencia del Sup., Trib., Just., de 21 de agosto de 1964, no Rev., Leg., Jur., año 98, Nt. 2 final, p. 95.

originado la retractación de la contraparte a celebrar el matrimonio o, que dolosamente por sí mismo o por sus representantes contribuye a su propia incapacidad. Este requisito de culpa requerido para que surja la responsabilidad 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.

Así, BUSTO LAGO (1998: 276) 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*».

En cuanto a la legitimación activa, corresponderá, en principio, al promitente inocente, es decir, aquél que no hubiese roto la promesa o, dicho de otra forma, al futuro promitente víctima del incumplimiento o, al que la otra parte le niega el matrimonio sin justa causa.

Asimismo, también gozará de tal legitimación el promitente inocente cuando rompa su promesa justificadamente y en virtud de culpa que sea imputable a la otra parte. Así, GARCÍA CANTERO (1959: 56) afirma que «posee legitimación activa la parte que ha roto justamente por culpa del otro prometido». Es decir, cuando 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 (REINA y, MARTINELL, 1995: 272).

Por otra parte, convine precisar que el legislador haciendo bascular el tema en una cuestión de confianza, entiende 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/s en 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. De ahí, que en el art. 1.594. 1 CC se haga alusión a los padres y a quienes actúen en nombre o lugar de éstos para solicitar el resarcimiento de los gastos incurridos u obligaciones contraídas a causa del matrimonio proyectado, evitándose con ello que éstos tengan que recurrir al ejercicio de acciones genéricas como sería el caso de la acción de enriquecimiento [& 812 BGB] sin causa y sus especiales requisitos. Por tanto, se reconoce dicha 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 en el que también se mueve la Legislación alemana, en la que se alude a los padres y a quienes actúen en nombre o lugar de éstos [& 1.298. 1 BGB].

En definitiva, se concede el derecho de indemnización, tanto al promitente inocente como a los padres o terceros que hubiesen asumido el lugar de aquéllos. De ahí, que se deba interpretar y aplicar la expresión legal de que han actuado “en nombre” de los padres.

## 5.2. El plazo del ejercicio de la acción y concreción del “*dies a quo*”

En primer lugar, conviene precisar que, ni en el § único del art. 24 del Decreto Núm. 1, de 25 de diciembre de 1910, ni en el § único del art. 1.067 CC portugués, de 01 de julio de 1867, se hacía alusión alguna al “plazo” para el ejercicio del derecho de restitución o de indemnización.

Será con posterioridad, concretamente, en el art. 8 del Anteproyecto de PIRES DE LIMA cuando por primera vez surja en los proyectos preparatorios de la nueva legislación civil, la idea de prever para estos derechos un plazo de caducidad, a semejanza de lo que sucede, en la mayoría de las legislaciones extranjeras (DÖLLE, 1964: 6).

El sentido el art. 1.595 CC utiliza de forma intencional el término “caduca”, con la finalidad, de establecer de forma clara y concisa que se está ante un plazo de caducidad y no de prescripción. Así se desprende del art. 298. 2 al prever que:

«2. Quando, por força da lei ou por vontade das partes, um direito deva ser exercido dentro de certo prazo, são aplicáveis as regras da caducidade, a menos que a lei se refira expressamente à prescrição». Trad.: «2. Cuando, por la ley o por acuerdo de las partes, el derecho deba ejercerse en un plazo determinado, las reglas de caducidad se aplican a menos que la ley se refiera expresamente a la prescripción».

En este sentido, ABAD ARENAS (2014: 308-310) precisa que en idénticos términos se manifiesta el legislador español, conforme a la redacción del art. 43. 2 CC, la cual contiene un pronunciamiento expreso de caducidad. También, la doctrina italiana, aún a pesar de la falta de inexactitud que presenta el art. 81 CC italiano de 1942, se pronuncia de forma unánime al calificar este plazo de caducidad y no de prescripción. Adicionalmente, tanto el legislador alemán, como el suizo se manifiestan a tal respecto, pero a diferencia del caso portugués y del español, en su & 1.302 y en su art. 93, respectivamente, hacen referencia de forma expresa a la prescripción.

Por tanto, a estos ordenamientos que contienen un pronunciamiento expreso de caducidad, no le serán de aplicación, ni las normas sobre interrupción legal, ni las de suspensión de la prescripción y, en consecuencia, el acto de conciliación no interrumpirá la acción, sino que su interrupción será consecuencia de la presentación de la demanda.

También, LASARTE ÁLVAREZ (2010: 41), entiende que esta imposibilidad de interrupción es conforme con la relativa relevancia jurídica de los esponsales no seguidos de la celebración de matrimonio.

Por su parte, MARTÍN GRANIZO y, ALBACAR LÓPEZ (1991: 502) 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*».

Asimismo, 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.

El “plazo de la acción” para exigir tanto la restitución de los donativos o regalos, a que se refieren los arts. 1.592 y 1.593 CC, como la indemnización, prevista y regulada por el art. 1.594 caducarán en el plazo de un año. Aspecto que presenta un perfecto paralelismo, tanto con legislación española, como con la italiana.

Por lo que al *dies a quo* se refiere, conviene precisar que el art. 1.595 CC establece que comenzará a contar desde el día de la ruptura de la promesa [art. 1.592 y 1.593 CC] o, del fallecimiento del promitente [art. 1.594 CC]. No obstante, en caso de inexistencia de declaración formal de la ruptura de la promesa de matrimonio o de la retractación del promitente, se origina la dificultad de precisar el día exacto en que comienza a contar el plazo de caducidad, es decir, el momento inicial de su cálculo, debido a que se trata de un hecho de carácter negativo que puede presentar serias dudas de hecho sobre el momento en que dicha negativa queda acreditada. En este sentido, con la finalidad de evitar fraudes de ley se debe entender que esta negativa debería ser definitiva y, como GARCÍA CANTERO (1959: 61) -con acierto- sostiene “*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*”. Mientras que en el supuesto de que la acción encuentre su fundamento en haber dado a la otra parte un motivo justificado para efectuar la ruptura, o la retractación al compromiso, 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.

En definitiva, en este ordenamiento esta ausencia de declaración formal se concibe como una pura cuestión de *facto*. Cuestión que es solventada por el juez mediante un examen cuidadoso de las circunstancias acaecidas en cada caso concreto.

Punto en el que siguiendo la solución establecida en otras legislaciones pertenecientes a la familia romano-francesa y, que también podría ser de aplicación a la portuguesa, conviene precisar que para la fijación del *dies a quo* podría ser útil el requerimiento hecho por la parte inocente a la parte que realiza el incumplimiento. De modo que si faltase al compromiso de la fijación de una fecha para contraer el matrimonio, sería aconsejable un requerimiento de carácter formal, con la finalidad 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 (ASÚA GONZÁLEZ, 2000: 478).

En definitiva, la prueba de la ruptura o de la retractación que tienen la consideración de declaraciones receptivas perfectamente identificables, no originan más dificultades que las derivadas de las declaraciones tácitas de voluntad, las cuales son ampliamente admitidas por el Derecho portugués (GARCÍA CANTERO, 1959: 61).

### 5.3. La carga de la prueba

Otra cuestión que se plantea en la legislación portuguesa, conforme a la omisión que presenta el texto de su articulado, se concreta en determinar a quién le incumbe demostrar el “justo motivo” de la ruptura de la promesa de matrimonio o la “culpa” en la retractación. Si bien esta legislación no establece –al menos directamente- sí corresponderá al promitente inocente que, en reclamo de su indemnización, alega y prueba la falta de “justo motivo” de la ruptura por el otro promitente, como sucede en la responsabilidad extracontractual o sí, por el contrario, le incumbe al demandado alegar y probar el “justo motivo” de su ruptura, como establecen las reglas de responsabilidad contractual.

En este sentido, conviene puntualizar que la solución a esta cuestión, indudablemente, dependerá del fundamento que tenga la obligación de indemnización en este ordenamiento.

Así, en régimen precedente, en el que se afirmaba de forma explícita la nulidad del contrato-promesa de matrimonio, la obligación de indemnizar impuesta al promitente culposo parece ser que únicamente podía enlazarse con la responsabilidad extracontractual, a través de la situación ilícita por él creada y, en consecuencia, no podía asentarse sobre la base del incumplimiento de un contrato, que era nulo; ni en la culpa en la constitución de un contrato (NOVARA, 1950: 91), por tratarse de un hecho posterior a la celebración de la promesa de matrimonio, no debiéndose, por tanto, confundir el contrato-promesa de matrimonio con el contrato prometido.

En la actualidad, el legislador con la redacción dada por el art. 1.591 CC elimina de forma intencional y justificada el término “nulidad” puesto sobre la promesa de matrimonio, dándose con ello a entender inequívocamente que de su incumplimiento nace la obligación de indemnizar prevista en el art. 1.594 y, por tanto, la responsabilidad del promitente culpable debe considerarse una responsabilidad de carácter contractual, proveniente del incumplimiento o violación del deber jurídico de contraer las futuras nupcias nacido de la promesa de matrimonio.

Sobre esta base, al promitente culposo le incumbirá como demandando alegar y probar la existencia del “justo motivo” de la ruptura o, alegar y probar -como demandante- que fue la otra parte quien de forma culpable dio lugar a su retractación, si de ella quiere exigir indemnización (PEREIRA COELHO; MOURA RAMOS e, DE OLIVEIRA, 2008: 152).

De forma tal, que se considera también apartada la teoría sostenida en Francia, apoyada tanto por (DEMOLOMBE, 2011: 42 y ss.), como por (JOSSERAND, 1930: 381), que sostenían y apoyaban la obligación de indemnizar en el “abuso del derecho”. Conforme a esta teoría los promitentes, de acuerdo con el principio de mutuo consenso en la celebración del matrimonio, ostentaban el derecho de revocación unilateral de la promesa de matrimonio, pero lo que no podían era realizar un abuso de ese mismo derecho en perjuicio del otro promitente, revocando la promesa sin “justo motivo”, por mero capricho o ligereza.

En definitiva, esta teoría basada en el “abuso del derecho” en la legislación portuguesa ha sido desechada porque no es la facultad de revocación unilateral de la promesa la que impide el nacimiento a partir de ella del Derecho a exigir la celebración del matrimonio, máxime cuando la libertad esencial para contraer nupcias, la ostentan todas las personas hasta el mismo momento de la realización del matrimonio (ROUAST, 1952: 72) y, porque si la indemnización es reclamada por el promitente que de forma culpable dio lugar a la retracción de la otra parte, lo cierto es que esta teoría no especifica cuál es el Derecho cuyo ejercicio abusivo constituirá el promitente en la responsabilidad frente al otro (PEREIRA COELHO; MOURA RAMOS e, DE OLIVEIRA, 2008: 149).

## 6. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Con el vigente CC portugués de 1966 se modifica el sistema de la promesa de matrimonio, al introducirse algunos cambios que aclaran determinados extremos de la figura. De forma tal que, en la actualidad, y de conformidad con la ordenación sistemática del texto legal, las previsiones dedicadas a la promesa de matrimonio se encuentran recogidas en los arts. 1.591, 1.592, 1.593, 1.594 y 1.595 integrados en el Libro IV, Título II, Capítulo II: “Promessa da casamento”.

No obstante, conviene precisar que el primero de sus preceptos, el art. 1.591 dedicado a la ineeficacia de la promesa, aunque se presenta en idénticos términos que su predecesor, lo cierto es que sustituye acertadamente la expresión “de sexo diferente”, equiparando al igual que en la mayoría de los Códigos europeos, la promesa de matrimonio realizada por pareja heterosexual a la pareja homosexual. Además, este precepto presenta, entre otras, ciertas modificaciones de interés, destacando entre éstas: Se elimina el derecho a exigir la celebración del matrimonio, rigiendo el principio de libertad de matrimonio; Se omite la declaración de la “nulidad” de la promesa y, se obliga al promitente incumplidor a indemnizar los daños causados, al tiempo que se limita el alcance de los daños y el *quantum* de obligación.

Por su parte, dos son los preceptos que dedica esta legislación a la regulación de la obligación de restitución de las donaciones:

De una parte, el art. 1.592 para los supuestos de incapacidad o retractación de una de las partes. Precepto que a diferencia del régimen anterior prevé un régimen distinto para las “donaciones” que el previsto para los “gastos efectuados” y las “obligaciones contraídas” en previsión del futuro matrimonio. En este sentido, el legislador establece que cada uno vendrá obligado a restituirse los regalos o donaciones que ellos o un tercero se hubiesen realizado en virtud de la promesa de matrimonio y, en la expectativa de la celebración de las futuras nupcias, excluyéndose la devolución de los regalos de uso social y de las cosas consumidas con anterioridad al acaecimiento de la ruptura de la promesa.

De otra, el art. 1.593 para el caso de fallecimiento de uno de los promitentes, prevé que el supérstite conserve los regalos del promitente fallecido, sin posibilidad alguna de ejercitar el derecho a exigir la devolución de los que él le hubiese realizado. Así como podrá

retener la correspondencia y los retratos personales del difunto, supuesto en el que podrá exigir los que éste hubiera recibido por su parte.

Dentro de las novedades de interés que presenta el art. 1.594 CC según la redacción de 1966, conviene destacar las siguientes: a) 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; b) La obligación de indemnizar será extensible además de al promitente abandonado, a sus padres o terceros que hayan actuado en nombre de los padres y, que hayan efectuado gastos o, contraído obligaciones en previsión del futuro matrimonio; c) Se limita la medida del daño resarcible a los gastos efectuados y a las obligaciones contraídas a causa de la promesa –excluyéndose el lucro cesante o los daños morales-; d) La indemnización será fijada de acuerdo con el arbitrio del Tribunal y, e) La referencia a la necesaria proporcionalidad entre los gastos realizados y las condiciones socio-económicas que ostenten las partes.

Finalmente, con el art. 1.595 se solventa la laguna relativa al plazo de la acción para exigir tanto la obligación de restitución contemplada por los arts. 1.592 y 1.593, como para la obligación de indemnización prevista por el art. 1.594 CC, debido a que se establece la previsión de un plazo de caducidad -que no de prescripción- concretado en un año desde el día de la ruptura de la promesa de matrimonio o del fallecimiento de uno de los promitentes.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

ABAD ARENAS, Encarnación: *Esponsales y Responsabilidad en el Derecho Civil Italiano*, Ed. Dykinson, Colección e-book, Madrid, 2018, 1.<sup>a</sup> ed.

--: *La ruptura de la promesa de matrimonio*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2014.

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.

BEITZKE, Günther: *Familienrecht ein Studienbuch*, Múnhen: Beck, 1983, 23 ed.

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.

CUNHA GONÇALVES, Luís da: «Tratado de Direito Civil», em *Comentário ao Código civil português*, Vol. VI, Ed. Coimbra, Coimbra, 1932.

CUNHA SÁ, Fernando Augusto: *Abuso do Direito*, Ed.: Almedina, 2005, Reimpressão da Edição de 1973.

DEMOLOMBE, Charles: *Cours Du Code Civil*, T. III, Paris, Nabu Press, 2011.

DÖLLE, Hans: *Familienrecht*, Karlsruhe, I, 1964.

ESCOSURA, Patricio de la y AUTRAN, Isidro: *Código Civil Portugués: Traducido Al Castellano, Y Precedido De Um Prologo (1868)*, Ed., Kessinger Publishing, Spain, 2010.

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.

GERNHUBER, Joachim: *Lehrbuch des Familienrechfi*, Munchen, 1980.

JEMOLO, Arturo Carlo: *El matrimonio*. Traducido por Santiago SENTÍS MELENDO y Marino AYERRA REDÍN, ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

JOSSERAND, Louis: *Cours de droit civil positif français: conforme aux programmes officiels des facultés de droit*, Vol. I, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1930.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho Civil. VI. Derecho de familia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, 9.<sup>a</sup> ed.

MARTÍN GRANIZO, Mariano y ALBACAR LÓPEZ, José Luis: *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1991.

NETO, Abilio: *Código civil anotado*, Ediforum, Lisboa, 2010, 17.<sup>a</sup> ed., revista e actualizada.

NOVARA, Gianpaolo: *La promessa di matrimonio*, Genova, 1950.

ORTEGA PARDO, Gregorio: «Incumplimiento de la promesa de matrimonio», en *Revista de Direito e de Estudios Sociais*, Año 4, núm. 3-4, 1949, pp. 3-64.

PEREIRA COELHO, Francisco; MOURA RAMOS, Rui e DE OLIVEIRA, Guilherme: *Curso de Direito da Família, vol I, Introdução e Direito Matrimonial*, Ed. Coimbra, Coimbra, 2008, 4.<sup>a</sup> ed.

PIRES DE LIMA E ANTUNES VALERA: *Código civil anotato, Vol. IV, (Artigos 1576 a 1795)*, Ed. Coimbra, 2010, 2.<sup>a</sup> ed. revista e atualizada.

REINA, Victor y MARTINELL, Josep M.<sup>a</sup>: *Curso de Derecho Matrimonial*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995.

RESCIGNO, Pietro: «L'abuso del Diritto», in *Riv. dir. civ.*, I, 1965, pp. 205- 290. 232.

ROUAST, André: *Traité pratique de droit civil français*, a cura di Marcel PLANIOL e George RIPERT, II, Le famille, Mariage, Divorce, Filiación, Parigi, 1952.

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.*

TAVARES, José: *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, I, Coimbra: Coimbra editora, 1922.

WACKE, Andreas: Verlöbnis, in AA.VV., *Münchener Komentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. V. Familienrecht*, München, 1989.