

Un estudio de derecho comparado sobre la promesa de matrimonio en las legislaciones alemana, austriaca y suiza

José Ramón de Verda y Beamonte

Profesor Titular de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DE VALENCIA

I. Consideraciones preliminares

En las legislaciones de Alemania, Austria y Suiza, a diferencia de lo que sucede en el derecho francés, se regula, de manera bastante pormenorizada, la promesa de matrimonio.

Aunque entre dichas legislaciones existen diferencias significativas en la regulación de la materia, tienen en común dos ideas principales.

La primera de ellas es la inexigibilidad jurídica de la promesa de matrimonio, estimándose, además, nulas las cláusulas penales pactadas, para el caso de que dicho matrimonio no tuviera lugar.¹

La segunda idea fundamental es que, no obstante ello, se establece legalmente la obligación de indemnizar, en ciertos casos, determinados daños derivados de la ruptura de la promesa.²

II. El derecho alemán

Comenzaré, en primer lugar, por el estudio de la legislación alemana, que dedica a la promesa de matrimonio (“Verlöbnis”) los §§ 1297 a 1302 del “BGB”.

¹ Cfr. § 1297 del “BGB”, § 45 del “ABGB”, artículo 90, III del “ZGB”. En el derecho suizo, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Federal de 26 de junio de 1998, ha desaparecido, sin embargo, la expresa norma contenida en el originario artículo 91. II del “ZGB”, que establecía la inexigibilidad de las penas convencionales pactadas para el supuesto de la no celebración del matrimonio.

² Cfr. § 1298 del “BGB”, § 46 del “ABGB”, artículo 92 del “ZGB”.

1. La inexigibilidad de la promesa de contraer matrimonio: el § 1297 del "BGB"

El § 1297 del "BGB" dispone, en su párrafo primero, que la promesa de matrimonio no produce acción para demandar su celebración,³ declarando, en su párrafo segundo, la nulidad de las penas pactadas, para el supuesto de que éste no tuviera lugar.⁴

Hay, pues, que resaltar que la norma no declara la nulidad de la promesa de matrimonio, sino su inexigibilidad ante los Tribunales; y ello, a diferencia de lo que afirma respecto de las penas convencionales, respecto de las cuales sí dice, expresamente, que son nulas.⁵

Creo que la redacción del precepto ha influido en la posición de la doctrina científica alemana al explicar la naturaleza de la promesa de matrimonio y, consiguientemente, el fundamento de la obligación de resarcir los daños que su ruptura provoca en los términos previstos en el § 1298 del "BGB", al que posteriormente me referiré.

2. La posición de la doctrina alemana respecto de la naturaleza de la promesa

En torno a esta cuestión existen, básicamente, dos teorías: de un lado, la que afirma que la promesa es un negocio jurídico ("Vertragstheorie"); y, de otro,

³ KIPP, T. y WOLFF, M.: *Lehrbuch des Bürgerlichenrechts*, volumen 2º, tomo 2º, *Das Familienrecht*, R. G. Elmer'sche Verlagsbuchhandlung (G. Braun), 6ª edición, Marburg, 1928, p. 17, observan que el antecedente de este precepto es el Derecho sajón, que, a diferencia de otros, como el prusiano, no admitía la acción encaminada a exigir la celebración del matrimonio, sino, exclusivamente, la posibilidad de ejercitar, en su caso, una acción indemnizatoria (en la nota 15, cita los §§ 1579 y ss. del Código civil sajón). Por el contrario –añaden los autores– el Derecho prusiano sí admitía la primera de dichas acciones, así como la correspondiente condena a contraer el matrimonio prometido, si bien no aceptaba la ejecución forzosa de la sentencia, sino, tan sólo, una pretensión subsidiaria de indemnización, cuando el prometido se negaba a cumplir la promesa, de manera obstinada, o se ponía, él mismo, en situación de no poder cumplirla (en la nota 14, cita el ALR prusiano II 1, §§112 y siguientes).

⁴ DÖLLE, H.: *Familienrecht*, volumen 1º, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1964, p. 63, GOLDMANN, E., LILIENTHAL, L., y STENBERG, L.: *Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt*, Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1921, p. 10, y KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 18, nota 6, observan que la nulidad también procede respecto de cláusulas penales estipuladas por terceros, distintos de los prometidos.

⁵ La rúbrica del § 1297 del "BGB" dice, así, "Unklagbarkeit", y el tenor de su párrafo primero es el siguiente: "Aus einem Verlöbniß kann nicht auf Eingehung der Ehe nicht werden", mientras que, por el contrario, en su párrafo segundo, afirma: "Das Versprechen einer Strafe für den Fall, daß die Eingehung des Ehe unterbleibet, ist nichtig".

KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 18, nota 6, remarcan que la pena convencional pactada es nula y no sólo inexigible: "ist nichtig (nicht nur, so Schweiz [...] unklagbar)".

Los autores observan que la redacción del precepto contrasta con la del originario artículo 91. II del "ZGB", que hablaba, no de la nulidad, sino de la inexigibilidad de las penas convencionales pactadas para el supuesto de la no celebración del matrimonio.

Sin embargo, dicha previsión legal ya no existe en el "ZGB" tras la Ley Federal de 26 de junio de 1998.

la que lo niega, afirmando que se trata de un mero hecho que, en unión con otras circunstancias, es susceptible de producir efectos jurídicos (“Tatsächlichkeitstheorie”).⁶

A) La teoría contractual (“Vertragstheorie”).

Los autores alemanes se han esforzado por hallar una explicación que concilie la obligación de resarcir del novio, que, sin un motivo importante, rompe la promesa del matrimonio, con el principio de libertad nupcial.

Tradicionalmente la doctrina mayoritaria ha sostenido que la promesa es un contrato,⁷ un precontrato,⁸ un negocio jurídico de Derecho de familia⁹ o un

⁶ A ellas podemos añadir la “Theorie des ‘gesetzliches’ Rechtsverhältnisses”, desarrollada por CANARIS, C.W.: “Das Verlöbniß als ‘gesetzliches’ Rechtsverhältnis. Ein Beitrag zur Lehre von der ‘Vertrauenshaftung’”, “Archiv für die civilistische Praxis”, volumen 165, 1965, pp. 1 ss. (en particular, pp. 10-29), la cual, a mi parecer, no es sino una modalidad de la teoría del hecho jurídico, que sólo se explica por la circunstancia de que en el “BGB” falta una cláusula general de responsabilidad civil extracontractual semejante a la contenida en el artículo 1382 del Código civil francés o en el artículo 1902 del Código civil español, lo que lleva a la doctrina científica alemana a separar la responsabilidad por “culpa in contrahendo” de la delictual.

⁷ Un importante sector de la doctrina científica alemana ha sostenido que la promesa de matrimonio es un contrato que genera la obligación recíproca de los prometidos de contraer un matrimonio, al cual son de aplicación las disposiciones generales sobre el negocio jurídico y los contratos, si bien el cumplimiento de la obligación es inexigible, por lo que su incumplimiento culpable puede dar lugar, exclusivamente, a una indemnización de daños y perjuicios.

COSACK, K.: *Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts aus der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs*, volumen 2º, *Das Sachenrecht, Das Recht der Wertpapiere. Das Gemeinschaftsrecht. Das Familienrecht. Das Erbrecht*, 4ª edición, Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1904, pp. 466-467, define la promesa como un contrato que origina la obligación del hombre y de la mujer de casarse. Afirma que, para que pueda celebrarse, es necesario que ninguna de las partes esté casada o prometida. Por lo demás –continúa diciendo el autor– en la conclusión del contrato se aplican las normas generales, observando que, por ello, no resulta obligado el menor que se promete sin el consentimiento de su representante legal y, así mismo, que es nula la promesa en el caso de simulación. Más adelante, precisa que el hecho de que la obligación no se pueda exigir judicialmente no debe hacer dudar de su carácter jurídico, porque, en caso de incumplimiento, sin concurrir un motivo importante, tiene lugar una pretensión de resarcimiento. CROME, C.: *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, volumen 4º, *Immaterialgüterrechte.- Familienrecht*, Verlag von I. C. B. Mohr, Tübingen, 1908, pp. 196-198, en particular, notas 1 y 5, entiende que la promesa, tal y como sostiene la doctrina dominante, es un contrato sujeto a las reglas generales previstas para este tipo de negocio jurídico, en particular, las relativas a la materia de capacidad y vicios del consentimiento, refiriéndose específicamente a la simulación. Más adelante, realiza una afirmación un tanto extraña desde la óptica de la “Vertragstheorie”. Dice, así, que la promesa no da lugar a ninguna obligación jurídica de contraer el matrimonio proyectado: “Das Verlöbniß erzeugt keine Rechtspflicht, die beabsichtigte Ehe einzugehen”, invocando como argumento el principio de libertad nupcial. Sin embargo, a continuación precisa dicha matización, rechazando la idea de que el negocio no despliegue efectos jurídicos, afirmando que nos encontramos ante un contrato que genera en cada parte el derecho al respeto de la promesa (“Recht auf Verlöbnistreue”), cuyo contenido consiste, en primer lugar, en la obligación de no obstaculizar la finalidad de la misma, esto es, el matrimonio, sin razón alguna. Sin embargo, hay que observar que, a efectos prácticos, la posición de este autor no varía de la sustentada por el anteriormente citado, ya que lo mismo da decir que la promesa genera la obligación positiva de contraer matrimonio, salvo que exista un motivo importante que autorice la ruptura, que afirmar que origina la obligación de no oponerse a la celebración del matrimonio, a no ser que dicha oposición quede justificada por la concurrencia de un motivo importante.

KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, pp. 18-19, afirman que la promesa de matrimonio es un contrato y, como

negocio de Derecho de la persona,¹⁰ del que surge la obligación jurídica de contraer el matrimonio. Sin embargo, al ser dicha obligación de carácter personalísimo, no puede ser exigida coactivamente, de modo que su incumplimiento da lugar, exclusivamente, a una indemnización de daños y perjuicios en la medida prevista por la ley.

tal, está sujeto a las disposiciones generales que establece el "BGB" para los contratos y los negocios jurídicos, lo que, según los autores, es importante para decidir las cuestiones relativas a la capacidad de los promitentes y los vicios de su voluntad (véase a este respecto la nota 1, "in fine", de la p. 18). Los prometidos—observan los autores— se obligan a contraer matrimonio, aunque tal deber no es exigible mediante una acción judicial, como tampoco se puede asegurar su cumplimiento mediante una penal convencional, porque la conclusión del matrimonio ha de ser libre. Más adelante, en la p. 23, añaden que la ruptura (sin concurrir un motivo importante) de la promesa implica la violación de un deber, lo que determina la obligación de indemnizar.

En la doctrina reciente BRUDERMÜLLER, G.: "Einf v § 1297 BGB", en PALANDT, O.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 62ª edición, Verlag C.H. Beck, 2002, pp. 1585-1586, afirma que la promesa es un contrato por el que dos personas de distinto sexo se prometen recíprocamente a contraer matrimonio el uno con el otro, precisando que de este contrato nace un obligación de contraer el futuro matrimonio ("Das Verlöbniß begründet die Verpfl zur Eheschliessung"), la cual, sin embargo, no se puede exigir de modo coactivo, ni directa, ni indirectamente ("die allerd weder direkt noch indirekt erzwingb ist"), lo que hace referencia, tanto a la inexigibilidad del cumplimiento de la promesa misma, como a la nulidad de los pactos que establecieran sanciones económicas para el supuesto de la no celebración del matrimonio.

En favor de la consideración del matrimonio como un contrato se pronuncian también, por ejemplo: BERGERFURTH, B.: *Das Eherecht*, 9ª edición, Rudolf Haufe Verlag, Freiburg im Breisgau, 1987, p. 23, HECKELMANN, D.: "Vor § 1297 'BGB'", en ERMAN: *Bürgerliches Gesetzbuch* (dirigido por H.P. WESTERMANN), 11ª edición, Aschendorff, Münster, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2004, p. 3720, o ROSENTHAL, H.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 15ª edición por B. KAMNITZER y H. Bohnenberg, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1965, pp. 1280-1281.

* Esta tesis fue, por ejemplo, defendida por OPET, O. y BLUME, W.: *Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1ª y 2ª Sección, *Bürgerliche Ehe. Verwandtschaft*, en AA.VV.: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen*, Carl Heymanns Verlag, Berlín, 1906, pp. 6-8, que hablan de la promesa como un precontrato, un "pactum de matrimonio ineiundo", que origina una obligación de contraer un futuro matrimonio. Sin embargo, los autores, contra lo que es opinión común en la doctrina alemana, entienden que dicha obligación es meramente natural, explicando, así, el hecho de que no pueda exigirse su cumplimiento ante los Tribunales.

º Un amplio sector de la doctrina científica alemana mantiene la naturaleza negocial de la promesa, aunque sostiene que estamos ante un contrato o negocio, "sui generis", haciendo hincapié en las especialidades propias de la promesa en orden a evitar una aplicación indiscriminada de las normas generales del contrato, configurándola como un negocio de Derecho de familia.

En este sentido se pronuncia DENBURG, H.: *Das Familienrecht*, en H. DENBURG: *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens*, volumen 4º, 4ª edición, Halle a. S., Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, 1908, pp. 24-25, quien afirma que se trata de un contrato de especial naturaleza ("ein Vertrag besonderer Art"), un contrato de Derecho de familia ("einen familienrechtlichen Vertrag"), al cual no son aplicables las normas de la parte general relativas al negocio jurídico, que están fundamentalmente pensadas para las relaciones jurídicas de carácter patrimonial. Sostiene que la teoría de la promesa de matrimonio tiene que ser desarrollada partiendo de su propia naturaleza por la doctrina y la praxis. Más adelante, en la p. 29, afirma que corresponde a la naturaleza de la promesa que el promitente pueda romperla por motivos importantes sin responder por ello frente a la otra parte.

ENDEMANN, F.: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des Bürgerliches Gesetzbuchs*, volumen 2, *Sachenrecht. Familienrecht*, 6ª edición, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1900, p. 660, entiende también que la promesa es un específico contrato de Derecho de familia ("einen spezifisch familienrechtlichen Vertrag"), concretamente, un precontrato o negocio causal ligado al matrimonio, pero no un contrato en sentido obligatorio, ya que se excluye la posibilidad de compeler a la partes a su cumplimiento, dando lugar a una relación de Derecho de familia, cuyo contenido y finalidad es la preparación del vínculo matrimonial. El autor no duda, sin embargo, de la juridicidad de la obligación

A mi parecer, se incurre, así, en una curiosa paradoja, pues, con el fin de proteger la libertad nupcial, se estima que son nulas las penas convencionales accesorias que, indirectamente, podrían inducir a los prometidos a casarse; y, en cambio, se admite la validez de la promesa, esto es, del negocio jurídico principal, que, directamente, les obliga a celebrar el matrimonio, aunque, ciertamente, esta obligación se considere inexigible.

de casarse, afirmado en la p. 603 que la promesa da lugar a la obligación de contraer matrimonio, confirmada por la costumbre y el Derecho, aunque el "BGB" no admita la demanda encaminada a lograr su cumplimiento para evitar toda constricción sobre los prometidos en orden a su libre decisión de casarse.

Más matizada es la posición de DÖLLE, H.: *op. cit.*, p. 63, quien sostiene que el concepto de "contrato" que se emplea en la parte general del "BGB" comprende todos los acuerdos de voluntades dirigidos a producir efectos jurídicos en el campo del Derecho privado, entendiéndose que no cabe duda acerca de la inclusión de la promesa en dicho concepto, si bien ello lo entiende sin perjuicio de las propias peculiaridades de la promesa de matrimonio, las cuales derivan de su naturaleza de Derecho de familia: "freilig mit den durch ihre familienrechtliche Natur gebotenen Eigenheiten". Más, adelante, en la p. 65, expresa la idea de que la promesa genera una obligación de contraer matrimonio, si bien dicha obligación no se puede reclamar judicialmente, en aras de la libertad nupcial: "Das Eheversprechen begründet 'die Rechts zur Eheschließung'. Diese Rechtspflicht ist freilich nicht klagbar, und ihre Erfüllung kann auch nicht durch Vertragsstrafe gesichert werden; denn es ist ein sittliches Postulat, dass der Entschluss zur Eheschließung frei sei, § 1297 BGB: 'matrimonia libera esse debent'".

Parecida es la posición mantenida por GOLDMANN, E., LILIENHAL, L., y STENBERG, L.: *op. cit.*, pp. 3-5, quienes afirman que la promesa es un contrato, al que, por ello, en principio, son aplicables las normas del "BGB" sobre el negocio jurídico. Sin embargo, dado que éstas esencialmente están pensadas para las relaciones jurídicas patrimoniales, entienden que, en definitiva, es preciso examinar cada una de ellas para decidir si son o no aplicables en atención a la propia naturaleza de la promesa de matrimonio, la cual se orienta al establecimiento de una relación jurídica de carácter familiar.

No obstante lo expuesto, hay que tener en cuenta que no todos los autores que califican la promesa de matrimonio como un contrato o negocio de Derecho de familia lo hacen con la finalidad de someterla a un régimen específico diverso del de los contratos, sino que, en ocasiones, con dicha expresión quieren significar que a través de ella se crea una relación jurídica familiar, idea esta de honda raigambre germana.

Es el caso de LEONHARD, F.: *Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen*, 2ª edición, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1926, p. 159, para quien la calificación de la promesa como "ein familienrechtlicher Vertrag", no es obstáculo para la aplicación de las reglas del negocio jurídico (cita, como ejemplo, los §§ 117, 119 y 278 del "BGB"), así como para la mayoría de las normas relativas al Derecho de obligaciones (cita, como ejemplo, los §§ 306 y ss. del "BGB"). En el mismo sentido: WOLF, B.: *Das Bürgerliche Gesetzbuch unter Berücksichtigung des gesamten Rechtsprechung der oberen Gerichte des Deutschen Reichs*, en colaboración con C. NEUKIRCH, NOSENMEYER y H. TELGMANN (dirigido por B. WOLF), Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle a S., 1908.

¹⁰ En este sentido, ya MITTEIS, H.: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 3ª edición, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1931, p. 9, califica, así, a la promesa como un contrato de derecho de la persona ("ein Vertrag des Personenrechtes"), el cual origina propiamente una obligación de celebrar el matrimonio: "Aus der Verlobung entsteht eine Rechtspflicht zur Eihung der Ehe".

Más recientemente, BEITZKE, G.: *Familienrecht*, 25ª edición, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1988, p. 25, afirma que la promesa de matrimonio es un contrato o negocio jurídico personalísimo, el cual se rige por principios propios. Dice, así: "Der Vertrag ist personenrechtlicher Natur und folgt eigenen Grundsätzen"; y, más adelante: "Es handelt sich um ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft".

LANGE, H.: "Ad § 1297 BGB", en *Bürgerliches Gesetzbuch* (dirigido por TH. SOERGEL y continuado por W. SIEBERT), volumen 7, *Familienrecht I* (§§ 1297-1588), VAHRG; *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin. Köln, Mainz, 1988, pp. 28-29, habla también de la promesa como un contrato personalísimo, al que, en principio, considera aplicables las disposiciones de la Parte General, remarcando, sin embargo, que presenta especialidades respecto de los habituales contratos de Derecho de obligaciones, que han de ser tenidas en cuenta.

B) Crítica de la teoría contractual

La tesis contractual ha sido objeto de crítica por parte de un sector de la moderna doctrina científica alemana.¹¹

La crítica se basa en los siguientes argumentos:

a) En primer lugar, se replica que, según el § 1298, I del "BGB", la legitimación para ejercitar la acción de resarcimiento de ciertos daños producidos por el incumplimiento de la promesa (gastos hechos o las obligaciones contraídas en atención al matrimonio) no sólo corresponde a los prometidos, sino también a terceros que no son parte del pretendido contrato (padres u otras personas que hayan actuado en su lugar).¹²

b) En segundo lugar, se observa que la ruptura de la promesa puede dar lugar, exclusivamente, a la obligación de resarcir el interés negativo o de la confianza, esto es, los daños derivados de la inutilidad de los gastos, obligaciones y disposiciones patrimoniales adoptadas en consideración al matrimonio proyectado; pero no a la de reparar el interés positivo o al cumplimiento de la promesa, como, en cambio, sucedería, si ésta fuera un auténtico contrato, en cuyo caso, el resarcimiento debiera comprender la pérdida de los beneficios que el novio perjudicado por la ruptura hubiera obtenido de haberse casado.¹³

c) En tercer lugar, se constata que la promesa puede ser rota en todo momento por cualquiera de los prometidos, de manera que el cumplimiento de la obligación de contraer matrimonio se deja al puro arbitrio de los prometidos, sujetándose su eficacia a una condición resolutoria puramente potestativa, lo que va en contra de la esencia misma de la "obligación", esto es, su carácter vinculante.¹⁴

¹¹ Concretamente por CANARIS, C.W.: *loc. cit.*, pp. 2-9, quien se ha ocupado extensamente de la naturaleza jurídica de la promesa de matrimonio.

¹² Cfr., en este sentido: CANARIS, C.W.: *loc. cit.*, p. 3, quien afirma que, en línea de principio, sólo tienen derecho a recibir indemnizaciones por razón de un contrato las partes que lo celebran: "Ansprüche auf Grund eines Vertrages aber haben grundsätzlich nur die Vertragspartner".

¹³ Cfr., en este sentido: CANARIS, C.W.: *loc. cit.*, pp. 3-4, GIESEN, D.: , D.: *Familienrecht*, 2ª edición, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, pp. 51-52, HENRICH, D.: *Familienrecht*, 5ª edición, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1995, p. 24.

¹⁴ Cfr., en este sentido: CANARIS, C.W.: *loc. cit.*, pp. 4-5. Entiende el autor que esta circunstancia es incompatible con la naturaleza de una obligación, ya que le faltaría su característica decisiva, esto es, la obligatoriedad, pues el principio "*pacta sunt servanda*" no es un principio que pueda ser renunciado en casos particulares: "Diese Annahme aber ist mit dem Wesen einer Rechtspflicht unvereinbar: es würde ihr das entscheidende Charakteristikum, die 'Verbindlichkeit' fehlen".

C) La teoría del hecho jurídico ("*Tatsächlichkeitstheorie*")

A mi entender, en orden a la crítica de la teoría contractual, adquiere mayor relevancia el argumento de que la libertad nupcial impide asumir mediante un negocio jurídico la obligación de contraer futuro matrimonio, al ser aquella un principio de orden público que no puede ser derogado por actos de autonomía privada.

Por ello, parece preferible la teoría que niega que la promesa de matrimonio sea un contrato, viendo en ella un mero hecho,¹⁵ al que, en unión con otras

¹⁵ La teoría de la promesa de matrimonio como hecho jurídico tuvo importantes defensores entre los autores que escribieron después de la promulgación del "BGB", los cuales apoyaban su postura, fundamentalmente, en la consideración de que la libertad que debía regir la celebración del matrimonio hacía imposible asumir jurídicamente una obligación de casarse en un futuro.

Así, LANDSBERG, E.: *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches vom 18. August 1896. Ein Dogmatisches Lehrbuch*, volumen 1º, 2ª edición, F. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1904, pp. 831-833, afirma que la libertad nupcial no puede ser constreñida a través de condiciones legales o mediante la imposición de obligaciones a los prometidos. Añade que la promesa no origina la obligación de casarse, ya que una consecuencia de este tipo sería inaceptable, más incluso desde la perspectiva del Derecho, que desde lo que es la esencia del matrimonio: "Eine solche, rechtliche, Verehelichungspflicht verwirft vielmehr unser Recht, als dem Wesen der Ehe widerstrebend". Considera, entonces, que la promesa es un hecho jurídico de especial naturaleza, que sólo es tomado en consideración cuando concurre en unión de otros hechos, dando lugar a un "Tatsachenkomplex", que produce consecuencias ocasionales [se está refiriendo lógicamente a los presupuestos exigidos por el § 1298 del "BGB" para que tenga lugar la indemnización de los daños ocasionados por la ruptura]. Por ello, afirma que la celebración de la promesa no es la conclusión de un contrato, ya que la promesa no es un negocio jurídico: "das Verlöbniß selbst nicht einmal Rechtsgeschäft". Más adelante, apoya su tesis con el argumento de que, si la promesa fuera un contrato, en caso de ruptura culpable de la misma, se prevería la indemnización del interés positivo, en vez de la reparación del interés negativo, que es lo que hace la legislación alemana.

MATTHIAS, B.: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes*, volumen 2º, *Das Sachenrecht, das Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht, Das Familienrecht und das Erbrecht*, 4ª edición, Verlag von D. Häring, Berlin, 1900, p. 226, habla de la promesa de matrimonio, como un hecho o acto de voluntad preparatorio del matrimonio ("eines die Ehe vorbereitenden tatsächlichen Willensaktes"). Al referirse a la posibilidad de ruptura de la promesa en caso de concurrir un motivo importante, observa que, si bien el § 1298 del "BGB" habla de desistimiento ("Rücktritt"), al no ser la promesa ni un negocio jurídico, ni un contrato, no puede hablarse propiamente de desistimiento de un negocio; sin perjuicio de que, al ser ambos (la promesa y el desistimiento) actos de voluntad, puedan aplicárseles las normas de las declaraciones de voluntad de los negocios jurídicos. El autor, no obstante, en la nota 2 de la página citada se refiere a la opinión de quienes consideran que la promesa es un contrato, afirmando que, en ningún caso, dicha opinión puede llevar a considerar que la ruptura de la promesa dé lugar a otras pretensiones indemnizatorias distintas de la específicamente prevista por la ley. Descarta, en particular, la posibilidad de aplicar el § 122 del "BGB".

Otros autores, además de negar el carácter contractual de la promesa y calificarla como un hecho jurídico, precisaron cuál era, a su juicio, el fundamento de la obligación resarcitoria prevista en el 1298 del "BGB".

JACOBI, L.: *Das persönliche Eherecht*, en L. JACOBI: *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Einzeldarstellungen*, F. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1896, pp. 15-16, observa que, cuando en el "BGB" se habla de desistimiento de la promesa de matrimonio, el término "Rücktritt" se utiliza en sentido vulgar, y no técnico, porque la promesa no es un contrato que origine una obligación que deba ser cumplida, apoyando esta opinión en el hecho de que su falta de cumplimiento no da lugar a la indemnización del interés positivo, así como, fundamentalmente, en la libertad que debe presidir la determinación de las partes al contraer matrimonio. Dice, así, que quien se precipitó o se equivocó

circunstancias (ruptura, sin concurrir un motivo importante), la ley asigna unos efectos (indemnización del interés negativo o interés de la confianza), que no son los queridos por los novios al tiempo de prometerse: lo querido y prometido por ellos es sólo el futuro matrimonio, cuya celebración no puede reclamarse judicialmente; y, de ahí, que la promesa no pueda considerarse un negocio jurídico.¹⁶

El fundamento de la obligación de indemnizar el interés negativo se sitúa entonces en la necesidad de tutelar la confianza que legítimamente suscitó el hecho

al tiempo de prometerse, no sólo está autorizado, sino que está obligado a no casarse, pues carecería de sentido e iría contra el interés público la imposición de un matrimonio infeliz, por el mero hecho de que quien una vez ha dicho "A" deba decir "B". Para el autor, las pretensiones indemnizatorias que surgen de los §§ 1298 y 1299 del "BGB" no son indemnizaciones "ex pacto", sino que se basan en el principio de que quien ha provocado que otro adopte medidas costosas tiene que soportar las consecuencias, en el caso de que, por su culpa, su finalidad resulte frustrada, hablando concretamente de "culpa in contrahendo".

HELLMANN: "Das Verlöbniß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche", Deutsche Juristen-Zeitung", 1901, p. 220, atribuye a la responsabilidad prevista en los §§ 1298 y 1299 del "BGB", un carácter delictual, considerando que los preceptos son leyes de protección ("Schutzgesetze") en el sentido del § 823, II del "BGB". Se protege aquí el interés que tiene el prometido a no ser engañado respecto a la espera, en él suscitada, a la celebración del matrimonio. Afirma que, según esta concepción, la ruptura de la promesa no supone violación de una obligación jurídica, sino de una ley de protección que tutela intereses dignos de protección.

¹⁶ Este argumento ha hecho que un importante sector de la doctrina científica alemana se aparte de la teoría del contrato.

GIESEN, D.: *op. cit.*, pp. 50-51, argumenta, así, en contra de la teoría contractualista que un contrato supone el intercambio de dos declaraciones de voluntad, las cuales producen efectos jurídicos en la medida en que éstos son queridos por las partes, observando que lo querido por los prometidos es la celebración del futuro matrimonio, lo que no constituye una obligación exigible jurídicamente y, además, que la ruptura de la promesa no da lugar, como sucede en un contrato, a la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento de la hipotética obligación, sino, simplemente, a la indemnización, por obra de la ley, del interés negativo, esto es, a la reparación de los daños derivados de la ruptura de la confianza "Vertrauensschaden": "Sieht man hingegen als Rechtsfolge eines Verlöbnißvertrags nur die Ersatzpflichten aus §§ 1298 ff. BGB an, so treten diese wiederum nicht als gewollt, sondern allein kraft Gesetzes ein".

HENRICH, D.: *op. cit.*, p. 24, constata igualmente que las consecuencias legales de la ruptura de la promesa se producen con independencia de si son, o no, queridas por las partes; y lo querido y prometido por ellas es sólo el futuro matrimonio, cuya celebración no puede reclamarse judicialmente: "Diese Rechtsfolgen treten aber unabhängig davon ein, ob sie gewollt waren oder nicht. Gewollt und versprochen wird nur die künftige Eheschließung. Auf sie kann aber nicht geklagt werden". El autor asume, además, expresamente, la teoría de la confianza, acudiendo a la idea de "culpa in contrahendo", para explicar la obligación resarcitoria del promitente que rompe la promesa de matrimonio. Afirma, así, que, tanto la "culpa in contrahendo", como el supuesto contemplado en el § 1298 del "BGB", giran en torno a la idea de confianza en la celebración de un contrato; confianza en que los prometidos contraerán matrimonio –continúa el autor– se hacen gastos, se contraen obligaciones y se adoptan medidas; si se defrauda esta confianza, ha de indemnizarse el interés negativo: "Wird diese Erwartung enttäuschen, ist das negative Interesse zu ersetzen".

SCHWAB, D.: *Familienrecht*, 12ª edición, Verlag C.H. Beck, München, 2003, p. 23, observa que en las actuales circunstancias el compromiso de querer contraer matrimonio el uno con el otro no origina ninguna obligación jurídica de contraerlo y que en la promesa de matrimonio no hay dos declaraciones de voluntad en sentido estricto, porque este tipo de declaraciones producen efectos jurídicos en la medida en que sean queridas por las partes: "Es handelt sich daher nicht um Willenserklärungen im strengen Sinn, da die daraus entspringenden echtswirkungen (etwa der Vertrauensschutz oder das Zeugnisverweigerungsrecht) ohne Rücksicht darauf eintreten, ob sie gewollt sind".

de la promesa en la celebración de un futuro matrimonio,¹⁷ en consideración al cual se realizaron gastos o se contrajeron obligaciones, a los que la ruptura priva de toda utilidad.¹⁸

¹⁷ Según afirma JACOBI, L.: *op. cit.*, p. 16, quien ha provocado que otro adopte medidas costosas tiene que soportar las consecuencias, en el caso de que, por su culpa, su finalidad resulte frustrada.

¹⁸ En este sentido, se pronuncia CANARIS, C.W.: *loc. cit.*, pp. 9-12, el cual trata de buscar una posición intermedia entre la teoría del contrato y la del hecho jurídico, teoría, ésta última, de la que intenta alejarse, por identificarla con una explicación del § 1298 del "BGB" en clave de ilícito civil, lo que, a su juicio, es inaceptable, ya que, si no existe la obligación de contraer matrimonio, la negativa a celebrarlo no puede nunca considerarse antijurídica.

Esta crítica no parece muy fundada, si se tiene en cuenta que la ilicitud, en ningún caso, radicaría en la ruptura, en sí misma considerada, sino en el hecho de haberse suscitado la confianza razonable en la celebración del matrimonio, para después defraudarla, mediante la ruptura de la promesa, por parte de quien la hizo, sin concurrir un motivo importante para ello. Es algo semejante a lo que sucede en el ámbito del Derecho de la contratación respecto de los tratos preliminares: estos no obligan a quienes lo realizan, quienes tienen siempre libertad para apartarse de una negociación comenzada; ahora bien, si esta ruptura es arbitraria o contraria a la buena fe, es decir, ilícita, quien la realiza debe indemnizar el interés contractual negativo al perjudicado por aquélla.

Además, hay que tener en cuenta que ni LANDSBERG, ni MATTHIAS, al menos en las ediciones que he tenido ocasión de consultar, en ningún momento emplean la noción de ilícito civil para explicar el fundamento de la pretensión resarcitoria reconocida en el § 1298 del "BGB", como tampoco JACOBI dándose, además, la circunstancia de que este autor acude, incluso, con tal fin, a la idea de "culpa in contrahendo", en la que, precisamente, si bien con matizaciones, encuentra CANARIS la explicación del precepto. Por otro lado, la explicación de HELLMANN, que sí entiende el § 1298 del "BGB" en clave de responsabilidad civil extracontractual, considerándolo como una ley de protección en el sentido del § 823, II, "in fine" del "BGB", ve el fundamento de la norma, no en el incumplimiento de una obligación de casarse (que el autor niega que exista), sino en la protección del interés del prometido a no ser engañado respecto a la espera, en él suscitada, en la celebración del matrimonio, con lo que se evidencian los puntos de conexión con la tesis de CANARIS, de responsabilidad por confianza ("Vertrauenshaftung").

En realidad, la crítica del autor no se entiende, si no se tiene en cuenta que es opinión común de la doctrina alemana que la "culpa in contrahendo" da lugar a una clase de responsabilidad distinta de la contractual y la extracontractual, posiblemente por faltar en el "BGB" una norma general de responsabilidad civil semejante a la contenida en el artículo 1902 del Código civil español.

El § 823 del "BGB", en efecto, en su párrafo primero, afirma que está obligado a reparar el daño causado quien, concurriendo dolo o negligencia, haya lesionado, de forma antijurídica, la vida, el cuerpo, la salud, la libertad o cualquier otro derecho ajeno; y, en su párrafo segundo, añade que queda también sujeto a responsabilidad quien, en las mismas condiciones, haya causado un daño a otro, violando una ley de protección. Por lo tanto, no cabe la reparación de los daños causados en intereses que no sean objeto de una protección legal específica.

Dado que en el "BGB" no existe una norma general que obligue a las partes a comportarse de buena fe en el período previo a la celebración del contrato, la doctrina alemana, con el fin de asegurar dicha reparación en los casos de "culpa in contrahendo" no contemplados expresamente en el Código (el caso de la ruptura arbitraria de los tratos preliminares es paradigmático), sostiene la existencia de una obligación legal, de origen consuetudinario, que no tiene carácter contractual, porque surge en el momento mismo en que dos personas se ponen en contacto con el fin de celebrar un negocio jurídico, la cual consiste en el deber de comportarse de buena fe en la preparación de aquél, con el fin de no defraudar la confianza que su comportamiento haya suscitado en la parte contraria. Es la vulneración de esta obligación legal lo que determinaría el resarcimiento del interés contractual negativo. La "culpa in contrahendo", como categoría general, se aleja, así, del campo de la responsabilidad extracontractual, aunque sin identificarse con la contractual, por más que se defienda la aplicación de alguna de sus normas (se excluye señaladamente la que contempla el resarcimiento del interés contractual positivo o interés al cumplimiento).

CANARIS no hace otra cosa que aplicar estas mismas ideas al ámbito de la promesa de matrimonio, considerando que los novios, al prometerse, crean una relación jurídica de carácter legal preparatoria del matrimonio, que les obliga a comportarse de buena fe para no defraudar la confianza que se ha

La obligación resarcitoria se considera, así, como una consecuencia de la “culpa in contrahendo”¹⁹ en la que incurre quien se comporta negligentemente en el período previo a la conclusión del matrimonio proyectado, suscitando primero, con su promesa, una confianza razonable en que aquél se llevaría a cabo, para después defraudar dicha confianza, rompiendo su promesa sin un motivo importante, con el consiguiente perjuicio patrimonial de quien actuó de buena fe, creyendo en su cumplimiento.²⁰

La tesis del hecho jurídico tiene como consecuencia práctica la no aplicación de las normas del negocio jurídico en materia de capacidad de obrar y de protección del consentimiento.

Lo primero significa que es posible que el prometido menor de edad, cuya confianza en la celebración del matrimonio quede defraudada, pueda ejercitar la pretensión de reparación prevista en el § 1298 del “BGB”.²¹

Lo segundo lleva a la imposibilidad de que quien es demandado en virtud de dicho precepto pueda exonerarse de responsabilidad, alegando haber incurrido en reserva mental al hacer la promesa, ya que esta circunstancia no excluye la confianza que aquélla haya podido suscitar en el otro prometido, cuya protección no tiene por qué quedar excluida.²²

creado en la celebración de aquél. De ahí que denomine a su construcción, indistintamente, como “Vertrauenshaftungstheorie” o “Theorie des ‘gesetzliches’ Rechtsverhältnisses”. Afirma, así, que el prometido abandonado debe ser indemnizado en la medida en que hubiera confiado razonablemente en la celebración del matrimonio: “der verlassene Teil soll geschützt werden, weil und soweit er in berechtigter Weise auf den Abschluss der Ehe vertraut hat”. No obstante, considera que el supuesto de ruptura de la promesa no es exactamente un caso de “culpa in contrahendo”, por entender que esta institución es exclusiva del ámbito del Derecho contractual; por ello, concluye afirmando que no estamos ante un supuesto de responsabilidad por culpa (“Verschuldenshaftung”), sino ante un supuesto de responsabilidad por garantía (“Garantiehftung”) subsumiendo ambas en el concepto más amplio de la responsabilidad por confianza (“Vertrauenshaftung”).

No puede dejar de destacarse que, aunque la posición del autor permite una construcción unitaria de la “culpa in contrahendo”, considerada ésta como la infracción de una obligación legal de comportarse de buena fe en la preparación de todo tipo de negocios jurídicos, sin embargo, a nivel práctico, en el concreto ámbito de la promesa de matrimonio, esta elaborada construcción doctrinal resulta innecesaria, ya que en el Derecho alemán la reparación de los daños derivados de la ruptura culpable de la promesa, a diferencia de lo que sucede en el caso de la ruptura arbitraria de los tratos preliminares, ya está expresamente contemplada por un precepto específico, el § 1298 del “BGB”.

¹⁹ JACOBI, L.: *op. cit.*, p. 16, y HENRICH, D.: *op. cit.*, p. 24, hablan expresamente de “culpa in contrahendo” para explicar el fundamento de la obligación de resarcimiento prevista en los §§ 1298 y 1299 del “BGB”.

²⁰ CANARIS, C.W.: *loc. cit.*, p. 12, prefiere hablar, para explicar los efectos de la ruptura de promesa, más de responsabilidad por confianza que de “culpa in contrahendo”, aunque considerando ésta una especie de aquélla.

²¹ Cfr., en este sentido, CANARIS, C.W.: *loc. cit.*, p. 18.

²² Cfr., en este sentido, CANARIS, C.W.: *loc. cit.*, p. 21.

Además, en orden a excluir pretensiones de reparación injustas, el recurso a la simulación, además de ser improcedente, es innecesario, ya que si los novios no tenían ninguna intención de casarse, la promesa no pudo generar en ellos ninguna confianza legítima en que se cumpliría, por lo que nada puede reclamarse por esta causa;²³ y tampoco es preciso acudir a la disciplina del error, del dolo o de la intimidación, ya que, de haberse dado éstos al tiempo de hacerse la promesa, concurrirá un motivo importante para la ruptura, por lo que aquél que los haya padecido podrá negarse a casarse, sin tener que satisfacer ninguna indemnización por ello.²⁴

3. El criterio de imputación de responsabilidad.

El § 1298, III del "BGB" afirma que la obligación de reparar no procede cuando la ruptura tiene lugar en virtud de un motivo importante ("wichtiger Grund"), de lo que se deduce la obligación de resarcimiento en el caso contrario.²⁵

La doctrina científica alemana²⁶ aprecia la importancia del motivo para la ruptura en sentido objetivo,²⁷ proponiendo, tanto la jurisprudencia²⁸ como el

²³ Cfr., en este sentido, CANARIS, C.W.: *loc. cit.*, p. 21.

HELLMANN: *loc. cit.*, p. 221, afirma que si las declaraciones son hechas con falta de seriedad o son simuladas, la costumbre impide que pueda hablarse de una promesa.

²⁴ Cfr., en este sentido, CANARIS, C.W.: *loc. cit.*, p. 21, así como HELLMANN: *loc. cit.*, p. 221.

²⁵ Según KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 27, el § 1298 del "BGB" no excluye la posibilidad de aplicar las normas de responsabilidad civil por hecho ilícito, cuando se den los presupuestos legales, por ejemplo, si la promesa se contrajo por engaño o coacción (§ 823, II del "BGB") o si uno de los novios ha causado un daño al otro o a sus padres intencionadamente, actuando en contra de las buenas costumbres (§ 826 del "BGB"). Observan que en estos casos no entra en juego la limitación prevista en el § 1298 del "BGB", en orden a excluir la indemnización de los gastos que no sean proporcionados a las circunstancias. Ponen el siguiente ejemplo: si el novio tiene intención de romper inmediatamente su compromiso y, a pesar de ello, induce a la novia o a sus padres a realizar grandes gastos, debe resarcir estos totalmente.

En la moderna doctrina científica se admite de manera indubitada la posible concurrencia del § 1298 del "BGB" con los §§ 823 y ss. del "BGB". Cfr., en este sentido, por todos: WACKE, A.: "Ad § 1298 BGB", en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, volumen 7, *Familienrecht I* §§ 1297-1588, VAHRG. VAÜG. *Hausrats V*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2000, p. 95.

²⁶ CANARIS, C.W.: *loc. cit.*, pp. 28-29, sostiene una posición aislada, consistente en proponer apreciar la importancia del motivo, no con un criterio objetivo, sino subjetivo o individualista. Dice, así, que, ante todo, tienen que ser consideradas las concepciones –siempre que sean conocidas– de quien rompe la promesa. Afirma que una circunstancia que objetivamente carece de importancia (por ejemplo, una leve enfermedad de la novia) puede autorizar la ruptura, si el que la hace hubiera manifestado claramente que su existencia le disuadiría de celebrar el matrimonio.

²⁷ La apreciación objetiva del motivo de la ruptura aparece confirmada por la generalidad de los autores. Para BEITZKE, *op. cit.*, p. 29, es motivo importante para la ruptura todo aquél que conocidamente haría irrazonable el matrimonio, refiriéndose, en particular, a la infidelidad y a las enfermedades graves: "Wichtiger Grund ist jeder, der die Eheschliessung erkennbar unzumutbar macht".

Op. cit., p. 26, constata que no puede ser considerada una razón importante para la ruptura el convencimiento de que la convivencia matrimonial no será feliz, citando, como ejemplos de que sí lo será, la infidelidad, los malos tratos, las ofensas (incluidas las que se dirijan a familiares), las enfermedades graves y los defectos de carácter, también graves.

SCHWAB, D.: *op. cit.*, pp. 25 y 26, observa igualmente que no basta para excluir la obligación resarci-

común de los autores,²⁹ un criterio sociológico, que tiene en cuenta los valores generalmente admitidos en el círculo social de los prometidos.³⁰

tatoria un mero cambio de actitud subjetiva de uno de los prometidos respecto del otro; sí, en cambio, la infidelidad, las enfermedades cuya existencia son relevantes para la celebración del matrimonio o el conocimiento de cualidades ignoradas al tiempo de realizarse la promesa.

²⁸ Cfr., en este sentido, Berlin 24 enero 1907 (JW 1907, p. 178), sentencia esta en la que se afirma que, a efectos de determinar la importancia del motivo, deben ser considerados aquellos hechos que en la concepción dominante en la esfera social de los prometidos ("nach der in den Gesellschaftskreisen des Verlobten herrschenden Auffassung"), en un juicio objetivo fundado en las circunstancias del caso particular, hubieran sido adecuados para disuadir al que rompe la promesa de cumplirla.

²⁹ Ya DENBURG, H.: *op. cit.*, pp. 29-30, afirma que la importancia del motivo de la ruptura debe apreciarse teniendo en cuenta, especialmente, las concepciones del negocio en la clase social a la que pertenecen los prometidos. Dice que el conocimiento de la vida anterior del prometido puede ser una causa de ruptura, por ejemplo, si había sido condenado a una pena, ya cumplida, que tuviera un carácter deshonoroso, si se desconocía un anterior embarazo de la novia o sus relaciones sexuales con un tercero. Observa, además, que tienen igual importancia en orden a la ruptura el error sobre el estado físico o psíquico del novio al tiempo de hacerse la promesa, por ejemplo, que sufría una enfermedad grave o hereditaria. También —añade— el error sobre las circunstancias económicas de la otra parte pueden ser un motivo importante para la ruptura de la promesa, ante todo si faltan los medios indispensables para establecer las condiciones ordinarias para que el matrimonio pueda desarrollarse. Afirma, por último, que también circunstancias sobrevenidas pueden autorizar la ruptura, citando el caso de la bancarrota del prometido, acaecida durante el período de noviazgo.

³⁰ En favor de apreciar la importancia de la razón para la ruptura de la promesa desde el punto de vista de lo que es razonable desde la perspectiva de las concepciones dominantes en la esfera social de los prometidos se pronuncian: HECKELMANN, D.: "Ad § 1298 BGB", en ERMAN: *Bürgerliches Gesetzbuch* (dirigido por H.P. WESTERMANN), 11ª edición, Aschendorff, Münster, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2004, p. 3723, KIPP, T. Y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 124, LANGE, H.: "Ad § 1298 BGB", en *Bürgerliches Gesetzbuch* (dirigido por TH. SOERGEL y continuado por W. SIEBERT), volumen 7, *Familienrecht I* (§§ 1297-1588), VAHRG; *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin. Köln, Mainz, 1988, p. 34, LEHMANN, H.: *Deutsches Familienrecht*, 4ª edición por D. HENRICH, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1967, p. 31, ROSENTHAL, H.: *op. cit.*, p. 1283, SCHMIDT, R.: *Bürgerliches Recht*, volumen 4º, *Das Familienrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1957, p.18, y SIEBERT y VOGEL, *Familienrecht*, 2ª edición, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart-Köln, 1954, p. 5.

Junto a este criterio mayoritario, de valoración sociológico, otro sector minoritario de la doctrina científica ha ofrecido un criterio de valoración abstracto, que tiene en cuenta lo que es conforme a la naturaleza del matrimonio.

DÖLLE, H.: *op. cit.*, p. 74, afirma, así, que existe una razón importante para la ruptura cuando concurren circunstancias serias contra el matrimonio, las cuales no hacen razonable respetar el compromiso, desde la perspectiva de un razonable juicio de la esencia del matrimonio ("bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe"). Cita como motivos importantes para la ruptura la infidelidad, así como otras causas en las que concurre culpa del otro prometido, como los malos tratos, las ofensas y la falta de afectividad; así mismo, se refiere a otros motivos independientes de toda idea de culpa, como, por ejemplo, una enfermedad grave, si no es previsible que sane pronto.

MITTEIS, H.: *op. cit.*, p. 11, considera que es un motivo importante para la ruptura aquél que objetivamente hace irrazonable la persistencia del noviazgo y la celebración del matrimonio: "Wichtig ist jeder Grund, der einem der verlobten des Verharren im Brautstande und die spätere Eheschließung objektiv unzumutbar macht". Se refiere el autor, a título de ejemplo, a la infidelidad, a las faltas o delitos cometidos contra los familiares, a la ruina económica y a las enfermedades graves. Observa el autor que no puede considerarse una razón importante para la ruptura el hecho de que se haya llegado al convencimiento de que el matrimonio no será feliz, ya que dicha circunstancia será importante desde un punto de vista moral, pero no en el sentido al que se refiere el § 1298 del "BGB".

A mi parecer, es preferible el criterio sociológico defendido por la mayoría de la doctrina científica alemana, ya que éste tiene la flexibilidad necesaria para poder justificar la ruptura por motivos que quizás no sean relevantes en el común sentir social, pero que no pueden ser considerados puramente subjetivos: sería, por ejemplo, el error sobre las creencias del prometido, entre personas de sólidas creencias religiosas, o sobre su castidad, entre personas de cultura musulmana.

En este sentido se afirma que son motivos importantes para romper la promesa aquellos hechos que hacen irrazonable celebrar el matrimonio, en atención a los valores dominantes en la esfera social a la que pertenece el novio que la realiza.³¹

Pueden ser causas basadas en el comportamiento culpable del otro promitente³² o ajenas a toda idea de culpa.³³ Por ejemplo, la infidelidad, los malos tratos, las ofensas a los familiares, las enfermedades graves, la ruina económica y los graves defectos de carácter.³⁴

4. Legitimación y plazo de ejercicio de la acción

En el Derecho alemán se admite una legitimación amplia para ejercitar la acción de resarcimiento.

a) El § 1298, I del "BGB" reconoce la facultad de exigir la reparación de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en atención al matrimonio, no sólo al prometido perjudicado por la ruptura, esto es, a quien es abandonado o rompe la promesa en virtud de un comportamiento culpable del otro,³⁵ sino también a sus padres o terceras personas que hayan actuado en lugar de ellos (curador,³⁶ abuelo,³⁷ otros familiares³⁸ e, incluso, amigos³⁹).

³¹ Cfr., en este sentido: LEHMANN, H.: *op. cit.*, p. 31.

³² Si lo son, ¿qué efectos tiene el perdón, por ejemplo, de la infidelidad?

Para KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 24, nota 8, el perdón no enerva el carácter importante que para la ruptura pueda tener una causa basada en la culpa del otro promitente, pero priva de la posibilidad de pedir la indemnización de los daños provocados por la ruptura.

³³ Cfr., en este sentido: KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 24.

³⁴ Cfr., en este sentido: LEHMANN, H.: *op. cit.*, p. 31, quien se refiere a la infidelidad, malos tratos, ofensas a los familiares, enfermedades graves, ruina y los graves defectos de carácter.

KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 24, entienden que puede ser causa para la ruptura las circunstancias que, aunque conocidas por quien rompe, sopesándolas después, puedan dar a lugar a considerar que constituyen una grave amenaza para la felicidad conyugal, por ejemplo, el hecho de que el otro promitente padezca una enfermedad grave sin posibilidad de curación.

³⁵ Esto último, en virtud del § 1299 del "BGB", según el cual, si un prometido, por su culpa, da a otro un motivo importante para la ruptura, queda obligado a la indemnización prevista en el § 1298, I y II del "BGB".

³⁶ Cfr., en este sentido: BERGERFURTH, B.: *op. cit.*, p. 30; DÖLLE, H.: *op. cit.*, p. 76, GIESEN, D.: *op. cit.*, p. 56, KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 25, LEHMANN, H.: *op. cit.*, p. 31, MATTHIAS, B.: *op. cit.*, p. 227, OPET, O. y BLUME, W.: *op. cit.*, p. 11, ROSENTHAL, H.: *op. cit.*, p. 1282.

³⁷ Cfr., en este sentido: DÖLLE, H.: *op. cit.*, p. 76, KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 25.

³⁸ Cfr., en este sentido: DENBURG, H.: *op. cit.*, p. 31, ENDEMANN, F.: *op. cit.*, p. 609, nota 10, GIESEN, D.: *op. cit.*, p. 56, LEHMANN, H.: *op. cit.*, p. 31, MATTHIAS, B.: *op. cit.*, p. 227, OPET, O. y BLUME, W.: *op. cit.*, p. 11, SCHMIDT, R.: *op. cit.*, p. 18.

³⁹ Cfr., en este sentido: DENBURG, H.: *op. cit.*, p. 31, ENDEMANN, F.: *op. cit.*, p. 609, nota 10, GIESEN, D.: *op. cit.*, p. 56, KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 24, LEHMANN, H.: *op. cit.*, p. 31, OPET, O. y BLUME, W.: *op. cit.*, p. 11.

b) En cambio, respecto de otro tipo de daños, el precepto fija una legitimación más restringida, disponiendo que sólo el prometido perjudicado puede ser indemnizado por los daños derivados de la adopción de otras medidas (en vistas al matrimonio), concernientes a los propios bienes o a una situación adquirida (por ejemplo, abandono de un puesto de trabajo).

En cualquier caso, el párrafo segundo § 1298 del "BGB" prevé un límite cuantitativo de la reparación, estableciendo que los daños que deben resarcirse han de ser razonables en atención a las circunstancias.⁴⁰

La acción de resarcimiento está sujeta a un plazo de 2 años, a contar desde la ruptura de la promesa (§ 1302 del "BGB").

5. Daños resarcibles

La doctrina científica alemana observa que lo que se indemniza no es el interés positivo o interés al cumplimiento,⁴¹ sino el interés negativo o interés de la confianza.⁴²

Se excluye, sin embargo, la reparación del daño consistente en la pérdida de la ocasión de casarse, aunque, por la promesa no cumplida, se hubiera rechazado otra propuesta seria de matrimonio.⁴³

Actualmente, el Derecho alemán sólo contempla el resarcimiento de daños patrimoniales.⁴⁴

⁴⁰ CROME, C.: *op. cit.*, p. 200, nota 32, observa que la proporcionalidad deberá examinarse en atención a las circunstancias sociales y económicas de los interesados.

KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 25, aponen como ejemplo de gastos desproporcionados el caso en que se obsequiera a los invitados con alimentos o bebidas excesivamente costosos (caviar, ostras y champagne francés).

⁴¹ Se excluye, pues, como expone CROME, C.: *op. cit.*, p. 199, nota 26, la indemnización de las ventajas que se hubiesen obtenido con la celebración del matrimonio prometido.

⁴² Cfr., en este sentido, por todos: LEHMANN, H.: *op. cit.*, p. 31.

⁴³ Cfr., en este sentido: COSACK, K.: *op. cit.*, p. 468, DENBURG, H.: *op. cit.*, p. 31, KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 25, nota 16.

⁴⁴ La exclusión del resarcimiento de los daños morales fue sustentada por la doctrina alemana, con base en el § 1298 del "BGB", desde el primer momento.

Cfr., en este sentido: DENBURG, H.: *op. cit.*, p. 30, así como COSACK, K.: *op. cit.*, p. 468, ENDEMANN, F.: *op. cit.*, p. 610, KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 25, y OPET, O. y BLUME, W.: *op. cit.*, p. 11, que excluyen de la regla general de la no reparación de los daños morales el caso de desfloramiento de la novia, contemplado en el hoy derogado § 1300 del "BGB".

En él se reconocía a la novia que hubiera consentido en mantener relaciones sexuales con su novio y que hubiera sido abandonada por éste, sin concurrir un motivo importante para ello, el derecho a pedir una reparación equitativa por el daño moral sufrido

Respecto de la aplicación de este precepto, ROSENTHAL, H.: *op. cit.*, p. 1284, decía que la indemnización se subordinaba a la mera existencia de relaciones sexuales, sin que fuera exigible el embarazo de la prometida.

A) Gastos hechos y obligaciones resarcibles

Como hemos visto, tanto el prometido perjudicado, como sus padres o terceras personas que hayan actuado en su lugar, tienen derecho a la indemnización de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en atención al matrimonio.

Entre dichos gastos se sitúan los derivados de los siguientes conceptos: adquisición del vestido de novia,⁴⁵ banquete de bodas⁴⁶ o del dado por los padres para celebrar el compromiso,⁴⁷ impresión de trajetas de boda,⁴⁸ traslado de domicilio⁴⁹ o desplazamiento al lugar de celebración de la boda,⁵⁰ compra de enseres domésticos⁵¹ o viaje de novios.⁵²

Entre las obligaciones contraídas se citan las que resultan de tomar dinero a préstamo⁵³ o de alquilar un piso, donde los prometidos se proponían fijar el domicilio conyugal.⁵⁴

B) Medidas concernientes al propio patrimonio o a una situación adquirida

El prometido abandonado tiene además derecho al resarcimiento de otros daños provocados por ciertas medidas adoptadas en consideración

⁴⁵ Cfr., en este sentido: BEITZKE, G.: *op. cit.*, p. 30, BERGER, Chr.: "Ad §§ 1297 y 1298 BGB", en JAUERNIG, O.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 10ª edición, Verlag C.H. Beck, München, 2003, p. 1342, BERGERFURTH, B.: *op. cit.*, p. 30, DENBURG, H.: *op. cit.*, p. 31, GERNHUBER, J. y COESTER-WALTJEN, D.: *Lehrbuch des Familienrechts*, 4ª edición, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1994, p. 79, GOLDMANN, E., LILIENTHAL, L., y STENBERG, *op. cit.*, p. 12, nota 14, HENRICH, D.: *op. cit.*, p. 26, LEHMANN, H.: *op. cit.*, p. 31, KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 25, LÜDERITZ, A.: *Familienrecht*, 27ª edición, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999, p. 48, WACKE, A.: *loc. cit.*, p. 90.

⁴⁶ Cfr., en este sentido: DENBURG, H.: *op. cit.*, p. 31, LEHMANN, H.: *op. cit.*, p. 31, MITTEIS, H.: *op. cit.*, p. 11, OPET, O. y BLUME, W.: *op. cit.*, p. 11, ROSENTHAL, H.: *op. cit.*, p. 1282.

⁴⁷ Cfr., en este sentido: KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 25, MATTHIAß, B.: *op. cit.*, p. 227.

⁴⁸ Cfr., en este sentido: KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 25.

⁴⁹ Cfr., en este sentido: DENBURG, H.: *op. cit.*, p. 31, DÖLLE, H.: *op. cit.*, p. 77, KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 25, LEHMANN, H.: *op. cit.*, p. 31.

⁵⁰ ENDEMANN, F.: *op. cit.*, p. 609, nota 10.

⁵¹ Cfr., en este sentido: GOLDMANN, E., LILIENTHAL, L., y STENBERG, L.: *op. cit.*, p. 12, nota 14, WACKE, A.: *loc. cit.*, p. 90.

⁵² Cfr., en este sentido: BERGER, Chr.: *loc. cit.*, p. 1342, BERGERFURTH, B.: *op. cit.*, p. 30, SCHWAB, D.: *op. cit.*, p. 26.

⁵³ Cfr., en este sentido: LANGE, H.: *loc. ult. cit.*, p. 37.

⁵⁴ Cfr., en este sentido: BERGER, Chr.: *loc. cit.*, p. 1340, CROME, C.: *op. cit.*, p. 199, nota 29, DENBURG, H.: *op. cit.*, p. 31, DÖLLE, H.: *op. cit.*, p. 77, LANGE, H.: *loc. ult. cit.*, p. 37, GRABA, H.U.: *Handbuch der Rechtspraxis*, volumen 5º, *Familienrecht*, 1ª parte, *Familiensachen*, 5ª edición, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1992, p. 15, KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 25, LÜDERITZ, A.: *op. cit.*, p. 48, MITTEIS, H.: *op. cit.*, p. 12, ROSENTHAL, H.: *op. cit.*, p. 1282, SCHWAB, D.: *op. cit.*, p. 26, SIEBERT y VOGEL, *op. cit.*, p. 6, STRÄTZ, H.W.: "Ad § 1298 BGB", en STAUDINGERS, J. Von: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*, volumen 4º, *Familienrecht, Einleitung zu §§ 1297 ff, §§ 1297-1302, Nichteheliche Lebensgemeinschaft (Anhang zu §§ 1297 ff; §§ 1303-1362*, 13ª edición, Sellier y de Gruyter, Berlin, 2000, WACKE, A.: *loc. cit.*, p. 90.

al matrimonio, concernientes al propio patrimonio o a una situación adquirida.⁵⁵

Así, se considera que debe indemnizarse la renuncia a una casa,⁵⁶ la ruptura de una relación de negocios,⁵⁷ la pérdida de un puesto de trabajo⁵⁸ o el abandono de una profesión.⁵⁹

6. Restitución de regalos

Por último, el § 1301 del "BGB" regula la devolución de los regalos, distinguiendo, según que la promesa se rompa en vida de los novios o por muerte de alguno de ellos.

Dice el precepto que si el matrimonio no se celebra, cada uno de los prometidos podrá exigir al otro la devolución de lo que le hubiera regalado o le hubiere dado como señal del compromiso, conforme a las reglas del enriquecimiento injusto.

Sin embargo, si la promesa se rompe por muerte de uno de los prometidos, en caso de duda, deberá considerarse que la restitución es improcedente.

⁵⁵ La vieja Sentencia del "Reich Gericht" de 18 de enero de 1917 (WarnR. 11°, 76, pp. 111-112) consideró que debía estimarse la demanda, presentada por una mujer contra su novio, que había roto la promesa de matrimonio, en la que aquélla le reclamaba el importe de 3.000 marcos, por las pérdidas económicas que había sufrido, al abandonar su profesión de modista durante 18 meses.

El Tribunal consideró indudable que, dentro de las medidas concernientes a la pérdida de una posición adquirida, había que situar el abandono de una profesión retribuida, que había tenido lugar por el deseo de su novio, en vistas a convertirse en ama de casa; y, así mismo, que el daño resarcible era razonable, teniendo en cuenta que la actora sólo había renunciado a su profesión cuando debía considerar inminente la celebración del matrimonio.

Entendió, además, que, para fijar la indemnización, debía tenerse en cuenta no sólo el período dejado de trabajar durante la vigencia de la promesa, sino también el comprendido entre su ruptura y el momento en el que la demandante se había vuelto a encontrar en situación de volver a ejercer su profesión, el cual se vio pospuesto, como consecuencia de la enfermedad que aquélla sufrió, al romperse la promesa.

⁵⁶ Cfr., en este sentido: HECKELMANN, D.: *loc. ult. cit.*, p. 3724, HENRICH, D.: *op. cit.*, p. 26, LEHMANN, H.: *op. cit.*, p. 31, LÜDERITZ, A.: *op. cit.*, p. 48, WACKE, A.: *loc. cit.*, p. 90.

⁵⁷ Cfr., en este sentido: KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 25, MATTHIAS, B.: *op. cit.*, p. 227, como también GOLDMANN, E., LILIENTHAL, L., y STENBERG, L.: *op. cit.*, p. 12, nota 14, que se refieren a la renuncia, por parte de una actriz de un contrato, en consideración al matrimonio proyectado.

⁵⁸ Cfr., en este sentido: BEITZKE, G.: *op. cit.*, p. 30, BRUDERMÜLLER, G.: "Ad § 1298 BGB", en PALANDT, O.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 62ª edición, Verlag C.H. Beck, 2002, p. 1586, CROME, C.: *op. cit.*, p. 199, nota 30, DÖLLE, H.: *op. cit.*, p. 77, DENBURG, H.: *op. cit.*, p. 31, ENDEMANN, F.: *op. cit.*, p. 609, nota 11, HECKELMANN, D.: *loc. ult. cit.*, p. 3724, KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 25, LANGE, H.: *loc. ult. cit.*, p. 37, LEHMANN, H.: *op. cit.*, p. 31, LÜDERITZ, A.: *op. cit.*, p. 48, MATTHIAS, B.: *op. cit.*, p. 227, MITTEIS, H.: *op. cit.*, p. 12, MÜNDER, J.: "Ad §§ 1298 y 1299 BGB", en AA.VV.: *Reihe Alternativkommentare. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Luchterhand*, 1981, p. 74, OPET, O. y BLUME, W.: *op. cit.*, p. 11, SCHWAB, D.: *op. cit.*, p. 26, SIEBERT y VOGEL, *op. cit.*, p. 6, WACKE, A.: *loc. cit.*, p. 90.

⁵⁹ Cfr., en este sentido: LANGE, H.: *loc. ult. cit.*, p. 37, MATTHIAS, B.: *op. cit.*, p. 227, SIEBERT y VOGEL, *op. cit.*, p. 6, WACKE, A.: *loc. cit.*, p. 90.

III. El derecho austriaco

En el Derecho austriaco la promesa de matrimonio se regula en los §§ 45 y 46 del "ABGB".⁶⁰

1. La ineficacia de la promesa de contraer matrimonio: el § 45 del "ABGB"

La redacción del § 45 del "ABGB" es distinta a la del § 1297 "BGB".

Mientras el precepto alemán establece la inexigibilidad de la obligación de casarse, el austriaco va más lejos, porque dice que la promesa no da lugar a la obligación jurídica de contraer el matrimonio (ni tampoco a la de cumplir las penas convencionales pactadas para el supuesto de su ruptura).⁶¹

Por lo tanto, no se trata ya de que la obligación de contraer matrimonio sea inexigible, sino que es inexistente, esto es, carece de juridicidad.

Parece, pues, lógico que la redacción del § 45 del "ABGB" hubiera llevado a la doctrina científica austriaca a negar el carácter contractual de la promesa de matrimonio; sin embargo, no ha sido así.⁶²

2. La posición de la doctrina austriaca respecto de la naturaleza de la promesa

La doctrina austriaca dominante sostiene una curiosa posición, consistente en considerar que la promesa de matrimonio es un contrato (o precontrato)⁶³

⁶⁰ En dichos párrafos no se contienen normas especiales respecto del plazo de ejercicio de la acción de resarcimiento de los daños derivados de la ruptura de la promesa de matrimonio, como tampoco normas relativas a la restitución de regalos, materia esta que se regula en el § 1247, II "ABGB".

⁶¹ El § 45 del "ABGB" dice, así, que "Ein Eheverlöbniß [...] zieht keine rechtliche Verbindlichkeit nach sich [...] zur Eheschließung der Ehe".

⁶² Es aislada la opinión de KRASNOPOLSKI: "Der Verlöbnißbruch im österreichischen Recht", "Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung", 1904, N° 43, pp. 379-382, que negó la naturaleza contractual de la promesa de matrimonio, siguiendo la tesis del hecho jurídico, defendida, en su momento, según se expuso en su lugar, por un importante, aunque minoritario, sector de la doctrina científica alemana, que escribió poco después de la promulgación del "BGB".

⁶³ WENTZEL, O.: "Ad § 45 ABGB", en AA.VV.; *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch* (dirigido por H. KLANG y F. GSCHNITZER), volumen 1°-1, *Einleitung, Kundmachungspatent, §§ 1-136, Das Ehegesetz, §§ 1-131*, Druck und Verlag des Österreichischen Staatsdruckerei, Wien, 1964, pp. 326-329, que realiza un detenido estudio sobre las diversas teorías acerca de la naturaleza jurídica de la promesa de matrimonio, se decanta claramente por la que le atribuye carácter contractual, afirmado ser ésta la seguida por la jurisprudencia austriaca.

Entre la moderna doctrina científica de Austria la tesis de que la promesa tiene carácter contractual parece bien asentada.

GSCHNITZER, F.: *Familienrecht*, en F. GSCHNITZER: *Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts*,

que no produce los efectos propios del contrato, esto es, la vinculación de las partes.⁶⁴

En consecuencia, no puede explicar el resarcimiento de los daños derivados de la ruptura como una consecuencia del incumplimiento de una obligación, la de contraer matrimonio, que, según el § 45 del "ABGB", es inexistente.

Acaba, entonces, acudiendo a la idea de que el resarcimiento es una consecuencia de la protección de la confianza suscitada por la promesa en que el matrimonio se celebrará, a pesar de que no existe ninguna obligación jurídica de los promitentes de casarse.⁶⁵

Springer-Verlag, Wien, 1963, p. 10, se refiere a la promesa de matrimonio como una clase de precontrato de Derecho de familia.

PICHLER, H.: "Ad § 45 ABGB", en AA.VV.: *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. Mit IPR-Gesetz, Ehegesetz, Mietrechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Landpachtgesetz, Konsumentenschutzgesetz, Produkthaftungsgesetz, UN-Kaufrecht*, dirigido por P. Rummel, volumen 1º, §§ 1-1774 ABGB, 2ª edición, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1990, p. 112, dice que la promesa es un contrato cuya celebración puede deducirse de actos concluyentes, exigiéndose tan sólo la mera intención de casarse con el otro.

SCHWIMANN, M.: "Ad § 45 ABGB", en AA.VV.: *Praxiskommentar zum ABGB* (dirigido por M. SCHWIMANN), volumen 1º, §§ 1-284 ABGB, *Kundmachungspatent, EheG, 1. DVEheG, UVG, USchG, TEG*, 2ª edición, Verlag Orac, Wien, 1997, p. 136, la califica como un precontrato de especial naturaleza.

⁶⁴ FEIL, E.: *ABGB. Handkommentar für die Praxis*, volumen 2º, *Personen- und Familienrecht (§§ 15-284)*, Prugg Verlag Eisenstadt, Eisenstadt, 1978, p. 91-92, tras afirmar que la promesa de matrimonio no produce ninguna obligación jurídica, sin embargo, la califica de un precontrato de Derecho de familia, que no puede celebrarse, si uno de los prometidos está casado.

HOPF, G. Y KATHREIN, G.: *Eherecht, Eherechtliche Bestimmungen des ABGB. EheG samt 1. und 4. DVEheG. Ehegattenwohnrecht. Eheverfahrensrecht. Einschlägige Bestimmungen des Sozialversicherungs und des Pensionsrechts. Kurzkomentar*, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1997, p. 6, afirman también que la promesa de matrimonio es un contrato o precontrato de Derecho de familia, observando, más adelante (p. 7), que no produce ninguna obligación jurídica.

SCHWIND, F.: *Das Familienrecht*, en A. EHRENZWEIG y A. EHRENZWEIG, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, volumen 3º, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1984, pp. 12-14, dice también que la promesa de matrimonio es un precontrato, pero que no produce los efectos jurídicos del mismo, puesto que, a tenor del § 45 del "ABGB", no produce ninguna obligación jurídica: "Seinem Inhalt nach ist es ein Vorvertrag, es hat aber nicht die rechtliche Wirksamkeit eines Vorvertrags".

Más adelante, alude a la teoría que considera la promesa de matrimonio como un hecho jurídico ("Tatsächlichkeitstheorie"), decartándola con el argumento de que la misma da lugar a dificultades innecesarias y deja abiertas preguntas a las que, en cambio, responde la teoría que la califica como un contrato, a la que, según se ha expuesto, el autor se adhiere.

Parece que este argumento, de marcado carácter pragmático, se refiere a la posibilidad de aplicar la teoría general del contrato para solucionar posibles cuestiones que no están expresamente reguladas por la legislación austriaca, como, por ejemplo el tema de la capacidad que han de tener los promitentes o, en general, el de las condiciones de validez de lo que, desde la perspectiva de la "Vertragstheorie", son auténticas declaraciones de voluntad de carácter negocial.

⁶⁵ Este es el caso de HOPF, G. Y KATHREIN, G.: *op. cit.*, p. 8, quienes afirman que la "ratio legis" de la norma contenida en el § 46 del "ABGB" es la defensa de la confianza de un prometido en el mantenimiento de las circunstancias y en el cumplimiento de la promesa por parte del otro: "Ratio legis ist der Schutz des Vertrauens eines Verlobten auf den Bestand des Verhältnisses und die Einhaltung des Eheversprechen".

A mí me parece que esta construcción doctrinal es artificiosa. Creo que es más correcto afirmar simplemente que la promesa de matrimonio no es un contrato, sino un mero hecho, al que el ordenamiento jurídico toma en consideración para atribuir ciertos efectos con la finalidad de tutelar la confianza que ha suscitado en quien la recibió.

3. El criterio de imputación de responsabilidad

El § 46 del "ABGB" afirma que sólo la parte en la que no concurra una causa que fundamente la ruptura ("gegründete Ursache") podrá pedir la indemnización de los daños reales que aquélla provoque.⁶⁶

A pesar de que el tenor del precepto no subordina la responsabilidad derivada de la ruptura a la circunstancia de que ésta sea culpable,⁶⁷ sin embargo, ha

⁶⁶ HOPF, G. y KATHREIN, G.: *op. cit.*, pp. 8-9, afirman que puede entenderse que son causas que justifican la ruptura de la promesa las que dan lugar al divorcio, pero no sólo éstas. Se refieren, así, al caso de una enfermedad no transmisible o a la existencia en el otro prometido de rasgos de carácter que hagan no deseable ("nicht wünschenswert") la vida en común con él.

SCHWIMANN, M.: "Ad § 46 ABGB", en AA.VV.: *Praxiskommentar zum ABGB* (dirigido por M. SCHWIMANN), volumen 1º, §§1-284 ABGB, *Kundmachungspatent, EheG, 1. DVEheG, UVG, USchG, TEG*, 2ª edición, Verlag Orac, Wien, 1997, p. 138, afirma que son causas que justifican la ruptura de la promesa todas aquellas circunstancias que objetivamente, en atención a las circunstancias del caso concreto y desde la perspectiva de un juicio racional acerca de la naturaleza del matrimonio, son apropiadas para disuadir al otro contratante de su intención de casarse. Con apoyo en fallos jurisprudenciales, que cita expresamente, considera que son causas para la ruptura, el incumplimiento de las obligaciones (distintas a la de casarse) que la jurisprudencia austriaca parece entender que originan la promesa entre quienes las celebran, esto es, la de fidelidad, respeto y asistencia; se refiere también a la existencia de enfermedades y rasgos negativos de carácter que no hagan deseable instaurar una comunidad de vida duradera, como, por ejemplo, la propensión a la violencia o a la infidelidad. Las diferencias ideológicas o religiosas importantes –concluye el autor– pueden autorizar la ruptura, pero no las razones económicas o las diferencias sociales o étnicas.

⁶⁷ Es por ello que la doctrina científica tradicionalmente venía sosteniendo que la indemnización prevista en el § 46 del "ABGB" no presupone la culpa de la parte que da causa para la ruptura.

Cfr., en este sentido, WENTZEL, O.: "Ad § 46 ABGB", en AA.VV.: *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch* (dirigido por H. KLANG y F. GSCHNITZER), volumen 1º-1, *Einleitung, Kundmachungspatent, §§ 1-136, Das Ehegesetz, §§ 1-131*, Druck und Verlag des Österreichischen Staatsdruckerei, Wien, 1964, p. 340.

Cfr., en el mismo sentido, más recientemente, SCHWIND, F.: *op. cit.*, p. 15, como, sobre todo, OBERHOFER, R.: "Setzt der Schadenersatzanspruch wegen Rücktrittes vom Verlöbniß Verschulden des Ersatzpflichtigen voraus?", "Österreichische Juristen-Zeitung", pp. 433-441, que realiza un minucioso análisis de los antecedentes históricos de la cuestión, con abundante cita de autores del siglo XIX, tanto de los que sostienen la tesis de que la indemnización es independiente de la culpa de quien da lugar a la ruptura (nota 32), como de los que defienden la tesis contraria (nota 33), evidenciando que la primera de ellas ha sido mayoritaria a lo largo del siglo XX, hasta tiempos recientes (notas 34 a 37); así mismo, recoge fallos jurisprudenciales que contienen declaraciones en el sentido de que la indemnización no presupone la culpa de quien provoca la ruptura de la promesa (notas 42 a 45), si bien evidencia que la mayoría de dichas declaraciones son "obiter dicta". Dicho trabajo ha sido, sin embargo, contestado por KUFSTEIN, M. U.: "Verschuldensunabhängiger Schadenersatzanspruch nach Rücktritt von Verlöbniß. Eine Replik auf Oberhofer, Setzt der Schadenersatzanspruch wegen Rücktrittes vom Verlöbniß Verschulden des Ersatzpflichtigen voraus?", "Österreichische Juristen-Zeitung", 1994, pp. 844-847.

acabado imponiéndose la tesis⁶⁸ de que la indemnización sólo puede reclamarse en el caso de que uno de los promitentes haya roto la promesa sin ninguna razón o cuando con su comportamiento culpable haya provocado que el otro promitente rompa la promesa.⁶⁹

⁶⁸ En la revisión de la doctrina tradicional sobre la no exigencia de la culpa en orden a la procedencia de la indemnización prevista en el § 46 del "ABGB" es fundamental el trabajo de KOZIOL, H.: "Die schadenersatzrechtlichen Folgen des Rücktrittes von Verlöbniß", en *Juristische Blätter*, 1975, pp. 61-67. El autor justifica la adopción de la culpa como criterio de imputación de responsabilidad en el hecho de ser esta la regla general en el Derecho austriaco, sin que tenga sentido que, dando lugar la promesa a una obligación inexigible judicialmente, su incumplimiento pueda desplegar una consecuencia más grave en el ámbito de la indemnización (como lo es la responsabilidad objetiva) que la que produce el incumplimiento de un contrato de Derecho de obligaciones, en cuyo caso la responsabilidad del infractor requiere la culpa de éste.

A continuación, desarrolla una original teoría, que distingue entre los motivos de ruptura existentes al tiempo de la realización de la promesa y los sobrevenidos durante el periodo de noviazgo.

Respecto de los primeros afirma que son causas que fundamentan la ruptura y dan lugar a la correspondiente indemnización la infracción del deber que tiene cada parte de informar de aquellas circunstancias que objetivamente tienen relevancia en orden a la prestación del consentimiento de la promesa o que conocidamente son relevantes para el otro prometido, incurriendo quien falta a esta obligación en "culpa in contrahendo", por lo que queda sujeto a indemnizar el interés negativo.

Respecto de los segundos, hace jugar las causas de divorcio, entendiendo que la indemnización procede cuando uno de los prometidos falta a las obligaciones de fidelidad, respeto mutuo o asistencia, así como cuando incumple sin causa la promesa, sosteniendo que la misma da lugar a una obligación de contraer matrimonio, aunque la misma sea inexigible, por lo que su falta de cumplimiento, a falta de un motivo importante que lo justifique, constituye un comportamiento negligente. En estos casos, según el autor, dado que no estamos ante un caso de "culpa in contrahendo" que tenga lugar al tiempo de la celebración del contrato, sino a un supuesto de negligencia en la ejecución de la obligación nacida de un contrato ya existente, procede la indemnización del interés positivo.

Hay que resaltar que esta diversidad de consecuencias respecto del alcance de la indemnización en los dos casos propuestos por el autor no ha sido aceptada por el común de la doctrina, que fija, en todo caso, el objeto del resarcimiento por el incumplimiento de la promesa en la reparación del interés negativo o interés de la confianza.

⁶⁹ GSCHNITZER, F.: *op. cit.*, p. 10, afirma que la indemnización, a pesar del § 46 del "ABGB", procede, exclusivamente, cuando una parte rompe la promesa, sin razón, o cuando, con culpa, da lugar a que la otra la rompa (infidelidad). Por el contrario –prosigue– cuando uno de los prometidos provoca la ruptura en virtud de un motivo importante, pero no culpable (grave enfermedad), el otro no puede reclamarle el resarcimiento.

FEIL, E.: *op. cit.*, p. 94, parece asumir la tesis de responsabilidad por culpa, ya que, al referirse a las personas legitimadas para ejercitar la acción de resarcimiento, dice que la acción corresponde al prometido no culpable contra el culpable.

HOPF, G. y KATHREIN, G.: *op. cit.*, p. 9, observan que, si bien el § 46 del "ABGB" no exige, en principio, ninguna culpa, lo cierto es que dicha posición puede ser cuestionada de acuerdo con la doctrina dominante. Observan, así, que la finalidad de la norma (defensa de la confianza en el mantenimiento de la promesa), en una adecuada ponderación de los intereses implicados en la cuestión, no autoriza a imponer a uno de los prometidos una obligación indemnizatoria, cuando no le es imputable ninguna responsabilidad en la ruptura; y concuyen afirmando que no se comprende por qué razón, en el caso de la ruptura de la promesa, la cual no genera ninguna obligación legal, hay que apartarse de la regla general del Derecho austriaco, de la responsabilidad por culpa.

PICHLER, H.: "Ad § 46 ABGB", en AA.VV.: *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. Mit IPR-Gesetz, Ehegesetz, Mietrechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Landpachtgesetz, Konsumentenschutzgesetz, Produkthaltungsgesetz, UN-Kaufrecht* (dirigido por P. Rummel), volumen 1º, §§ 1-1774 ABGB, 2ª edición, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1990, aunque no toma explícitamente partido por la cuestión, expone que, si bien la doctrina tradicional y la jurisprudencia no subordinaban la indemnización a la culpa del responsable de la ruptura, sin embargo, la doctrina más recientes pone en duda esta opinión.

Es por ello que cuando la causa de la ruptura es la existencia de una enfermedad grave en el otro prometido, no procede la obligación de resarcir.⁷⁰

Sí, en cambio, cuando uno de los novios, al tiempo de prometerse, guarda un silencio culpable sobre aquellas circunstancias que pueden dar lugar a que el otro rompa la promesa,⁷¹ las cuales pueden afectar a su persona, cualidades, estado de salud, circunstancias familiares, ideología, formación, profesión o ingresos.⁷²

4. Legitimación para el ejercicio de la acción

Según la interpretación que la doctrina dominante da hoy al § 46 del "ABGB", la acción corresponde al promitente inocente contra el promitente culpable, por haber este último roto la promesa sin causa justificada o por haber provocado la ruptura con una conducta susceptible de reproche culpabilístico.

No procede la indemnización cuando concurre culpa de ambos promitentes.⁷³

La doctrina austriaca, a pesar de no preverlo el § 46 del "ABGB", entiende que la legitimación activa corresponde también a los padres, parientes o, incluso, otros terceros que hubiesen hecho gastos en consideración al matrimonio.⁷⁴

En cambio, excluye la legitimación pasiva de terceros, como por ejemplo, los padres de los novios.⁷⁵

5. Daños resarcibles

El § 46 del "ABGB" considera resarcibles, exclusivamente, los daños realmente originados por la ruptura.

SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, pp. 138-139, entiende que la indemnización presupone la ruptura culpable de la promesa, observando que, si bien hay sentencias que afirman lo contrario, éstas lo hacen en declaraciones "*obiter dicta*", constatando lo injusto que resultaría que un prometido que sufriera una enfermedad grave, en cuya causación no tuviera ninguna culpa, además de tener que soportar que el otro rompiera la promesa, tuviera que indemnizar a este último.

⁷⁰ Cfr., en este sentido: GSCHNITZER, F.: *op. cit.*, p. 10, SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 139.

⁷¹ KOZIOL, H.: *loc. cit.*, p. 63, afirma que cada parte tiene que declarar aquellas circunstancias que tienen una significación objetiva en orden a la realización de la promesa, así como aquellas que cono- cidamente son relevantes para la otra.

⁷² Cfr., en este sentido: PICHLER, H.: *loc. ult. cit.*, p. 134, y SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 139.

⁷³ Cfr., en este sentido: HOPF, G. y KATHREIN, G.: *op. cit.*, p. 8.

⁷⁴ GSCHNITZER, F.: *op. cit.*, p. 10, se refiere a los padres u otros parientes de la parte inocente, que hubiesen hecho gastos en consideración al matrimonio prometido.

Otros autores hablan de terceros en general, como FEIL, E.: *op. cit.*, p. 94, y HOPF, G. y KATHREIN, G.: *op. cit.*, p. 8. SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 139, precisa que los terceros pueden ser parientes de los novios o no serlo; igualmente, SCHWIND, F.: *op. cit.*, p. 14, habla de padres u otras personas.

⁷⁵ Cfr., en este sentido: GSCHNITZER, F.: *op. cit.*, p. 10.

Con esta expresión, de marcado carácter restrictivo, se trata, según la doctrina, de excluir la reparación de los daños morales,⁷⁶ en particular la compensación por el desengaño sufrido como consecuencia de la ruptura de la promesa.⁷⁷

Por lo tanto, sólo los daños patrimoniales pueden ser resarcidos; y no todos, ya que, por esta vía, se indemniza tan sólo el interés negativo o de la confianza; excluyéndose, pues, la reparación del interés positivo o al cumplimiento.⁷⁸ En consecuencia, no puede indemnizarse a uno de los promitentes por la pérdida de los beneficios que hubiera obtenido, de haberse cumplido la promesa.⁷⁹

Pero no se indemniza todo el interés negativo, pues no se resarce la pérdida de la ocasión de casarse con un tercero que hubiera hecho una proposición de matrimonio, rechazada por la confianza de uno de los novios en que el otro cumpliría la promesa.⁸⁰

A) Gastos hechos y obligaciones contraídas

Se indemnizan los gastos hechos y las obligaciones contraídas para la preparación del matrimonio o para la asunción de la vida de casados, que, como consecuencia de la ruptura, pierden su utilidad.

Entre los gastos resarcibles se sitúan el precio del vestido de boda⁸¹ o el del viaje de bodas;⁸² y, entre las obligaciones, las contraídas para adquirir, alquilar o construir una vivienda⁸³ o el mobiliario de la misma.⁸⁴

B) La renuncia a una posibilidad de ganancia

Se considera también resarcible la renuncia a una posibilidad de ganancia, como es la que se habría obtenido en el puesto de trabajo que se abandona para

⁷⁶ Cfr., en este sentido, FEIL, E.: *op. cit.*, p. 94, GSCHNITZER, F. *op. cit.*, p. 10, HOPF, G. y KATHREIN, G.: *op. cit.*, p. 8.

⁷⁷ Cfr., en este sentido: HOPF, G. y KATHREIN, G.: *op. cit.*, p. 8.

⁷⁸ Cfr., en este sentido: GSCHNITZER, F.: *op. cit.*, p. 10, HOPF, G. y KATHREIN, G.: *op. cit.*, p. 8, PICHLER, H.: *loc. ult. cit.*, p. 134, SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 139, SCHWIND, F.: *op. cit.*, p. 15.

⁷⁹ Cfr., en este sentido: HOPF, G. y KATHREIN, G.: *op. cit.*, p. 8, SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 139.

⁸⁰ Cfr., en este sentido: GSCHNITZER, F.: *op. cit.*, p. 10, HOPF, G. y KATHREIN, G.: *op. cit.*, p. 8, PICHLER, H.: *loc. ult. cit.*, p. 134, SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 139, SCHWIND, F.: *op. cit.*, p. 15.

⁸¹ Cfr., en este sentido: SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 139.

⁸² Cfr., en este sentido: SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 139.

⁸³ Cfr., en este sentido: FEIL, E.: *op. cit.*, p. 94, GSCHNITZER, F.: *op. cit.*, p. 10, HOPF, G. y KATHREIN, G.: *op. cit.*, pp. 10-11, PICHLER, H.: *loc. ult. cit.*, p. 135, SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 139.

⁸⁴ Cfr., en este sentido: SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 139.

casarse,⁸⁵ así como en el que, por el mismo motivo, no se acepta, debiendo haber existido, en este último caso, una concreta oferta de trabajo.⁸⁶

El resarcimiento del daño derivado de la renuncia a un puesto de trabajo se limita al tiempo que fuera necesario para la recuperación de los ingresos dejados de percibir, con la condición de que quien lo sufre se esfuerce por encontrar un puesto de trabajo semejante al perdido.⁸⁷

C) Daños a la salud

Se indemnizan, por último, los daños a la salud que tienen su causa en la ruptura de la promesa,⁸⁸ como los provocados por la necesidad de realizar una cura en un establecimiento de salud mental.⁸⁹

IV. El derecho suizo

En el Derecho suizo la promesa de matrimonio⁹⁰ se regula actualmente en los artículos 90 a 93 del "ZGB",⁹¹ redactados conforme a la Ley Federal de 26 de junio de 1998, que entró en vigor el 1 de enero de 2000.⁹²

⁸⁵ Cfr., en este sentido: GSCHNITZER, F.: *op. cit.*, p. 10, SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 140.

⁸⁶ Cfr., en este sentido: HOPF, G. y KATHREIN, G.: *op. cit.*, p. 10, PICHLER, H.: *loc. ult. cit.*, p. 135, SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 140.

⁸⁷ Cfr., en este sentido: SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 140.

⁸⁸ HOPF, G. y KATHREIN, G.: *op. cit.*, p. 8, excluyen, sin embargo, la indemnización por las enfermedades padecidas como consecuencia de la ruptura.

⁸⁹ Cfr., en este sentido: SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 140, SCHWIND, F.: *op. cit.*, p. 15.

⁹⁰ SIFFERT, R.: *Verlobung und Trauung. Die geschichtliche Entwicklung des schweizerischen Eheschließungsrecht*, Schulthess, Juristische Medien AG, Zürich, Bassel, Genf, 2004, realiza un minucioso estudio histórico de la regulación de la promesa de matrimonio en los diversos cantones suizos con anterioridad a la promulgación del Código civil helvético.

⁹¹ A propósito de la regulación originaria de la materia, contenida en los antiguos artículos 90 a 95 del "ZGB", ROSSEL, V. y MENTHA, F. H.: *Manuel du Droit civil suisse*, tomo 1º, *Introduction. Titre préliminaire. Droit des personnes. Droit de la famille. Des successions*, 1ª edición, Lausanne, Librairie Payot & Cie, s.f., p. 159, enjuiciaban muy favorablemente el hecho de que el Código civil suizo, a diferencia del francés, regulará la promesa de matrimonio como un verdadero contrato civil, asegurándole un puesto dentro de las instituciones legales.

⁹² La Ley Federal de 26 de junio de 1998, si bien mantuvo la regulación legal de la promesa de matrimonio, de acuerdo con la tradición jurídica suiza, sin embargo introdujo ciertas modificaciones importantes, como, por ejemplo, la supresión de la culpa como criterio de imputación de responsabilidad, la desaparición de la legitimación de terceros, distintos de los promitentes, para reclamar el resarcimiento de los daños materiales ocasionados por el incumplimiento de la promesa o la derogación de la norma que contenía la expresa previsión de la reparación de los daños morales, contenida en el originario artículo 93 del "ZGB".

HEGNAUER, C. y BREITSCHMID, P.: *Grundriss des Eherechts*, 4ª edición, Stämpfli Verlag AG Bern, 2000, p. 40, han criticado la regulación actual suiza de la promesa de matrimonio, por entender que las normas contenidas en los artículos 90 a 93 (ya reformados) del "ZGB" son obsoletas, enjuiciando negativamente que la promesa haya seguido conservando una significación, no sólo moral, sino también social, añadiendo que los problemas planteados como consecuencia de su ruptura podían haberse

1. La calificación legal de la promesa de matrimonio como un contrato

Llama la atención que el Código civil helvético califique la promesa de matrimonio como un contrato; y ello, a diferencia de lo que sucede en el Derecho alemán, donde su consideración como contrato o negocio jurídico es simplemente una construcción doctrinal, que carece de apoyo legal explícito.⁹³

Esta calificación legal resulta de la nota marginal que acompaña al artículo 90 del "ZGB" en su edición francesa, que habla de "Contrat de fiançailles", afirmando el párrafo primero del precepto que "Les fiançailles se forment par la

resuelto aplicando las reglas del enriquecimiento injusto, las de restitución de regalos y las relativas a la "culpa in contrahendo".

⁹³ Se explica, así, que la calificación de la promesa de matrimonio como un contrato sea compartida por la generalidad de la doctrina científica suiza, que la considera, además, como un negocio jurídico constitutivo de un estado civil.

DESCHENAUX, H., TERCIER, P. y WERRO, F.: *Le mariage et le divorce. La formation et la dissolution du lien conjugal*, 4ª edición, Editions Staempfli+Cie SA, Berne, 1995, p. 42, afirman que el Derecho suizo considera la promesa de matrimonio como un auténtico contrato que produce efectos jurídicos, esto es, la obligación de casarse, si bien las partes no tienen que soportar la ejecución forzosa de dicha obligación. Consideran, además, que la promesa es un negocio constitutivo de estado civil. Así los citados autores, en las pp. 46-47 de la misma obra, afirman que la promesa crea entre los novios una relación de comunidad cuasifamiliar, una especie de sociedad preparatoria al matrimonio, que implica el respeto de ciertas obligaciones, en particular, las de fidelidad y asistencia, observando que la ley asigna a la promesa ciertos efectos especiales, como el derecho a que, en caso de muerte accidental de uno de los prometidos, el superviviente pueda obtener una indemnización por daño moral.

HAUSHEER, H., GEISER, Th., y KOBEL, E.: *Das Eherecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches. Eheschließung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht*, 2ª edición, Stämpfli Verlag AG Bern, 2002, pp. 36-38, consideran a la promesa de matrimonio un contrato de Derecho de familia, al que califican de personalísimo ("absolut höchstpersönlich"), al que son de aplicación los artículos 1 y ss. del "OR", en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 del "ZGB", teniendo en cuenta, sin embargo, sus especialidades, en cuanto negocio jurídico familiar; concretamente, la inexigibilidad judicial del cumplimiento de la promesa, calificando, por ello, como imperfecta, a la obligación de contraer matrimonio. Los autores consideran, además, que la promesa da lugar a un estado de Derecho de familia, estando obligados los prometidos a un deber de lealtad que incluye la defensa de los intereses afectivos y económicos del otro, así como su sustento material e inmaterial.

HUWILER, B.: "Ad artículo 90 ZGB", en AA.VV.: *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Schweizerisches Zivilgesetzbuch I. Art. 1-359 ZGB*, dirigido por H. HONSELL, NP. VOGT Y T. GEISER, Helbing & Lichtenhahn, Basel, Frankfurt am Main, 1996, p. 571, observa que la promesa de matrimonio es un negocio jurídico, al que explícitamente califica de "contrato". Más adelante, "Ad artículo 91 ZGB", en la misma obra, p. 584, que tal contrato, que se celebra sin sujeción a ninguna forma específica, da lugar a una obligación principal de hacer, consistente en la obligación de casarse, y a otras obligaciones de carácter accesorio, que la sitúan en el ámbito del Derecho de familia, como son las de comportarse lealmente y de buena fe o la de cooperación.

SIFFERT, R.: *op. cit.*, p. 184, se apoya en el artículo 90 del "ZGB" para sostener que estamos ante un contrato de Derecho de familia, que requiere dos promesas recíprocas, el cual se perfecciona sin sujeción a forma alguna, pudiendo celebrarse expresamente o deducirse de hechos concluyentes.

Para TUOR, P.: *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 12ª edición por B. SCHNYDER, J. SCHMID Y A. RUMO-JUNGO, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf, 2002, p. 174, nos encontramos también ante un contrato de Derecho de familia, que da lugar a una obligación jurídica, no sólo moral; de ahí que la ruptura de esta obligación dé lugar a una determinada pretensión resarcitoria.

promesse de mariage”, expresión ésta, la de “formar”, que, sin duda, se refiere a la perfección de lo que se considera un auténtico negocio jurídico.⁹⁴

Así mismo, el párrafo segundo del precepto afirma que la promesa no “obliga” al promitente menor, a no ser que la haya consentido su representante legal, de lo que resulta que, en el caso de que la haya consentido y, por supuesto, tratándose de un mayor de edad, sí queda “obligado” por ella.⁹⁵

Es por ello que la doctrina suiza entiende que la promesa de matrimonio da lugar a una auténtica obligación jurídica,⁹⁶ si bien, como afirma el artículo 90 del “ZGB”,⁹⁷ ésta es inexigible (por la necesidad de proteger el principio de libertad nupcial).⁹⁸

⁹⁴ En tanto que contrato, su perfección requiere la concurrencia de dos declaraciones de voluntad recíprocas de querer contraer matrimonio el uno con el otro, las cuales sólo podrán proceder de personas capaces, necesitando el menor o incapacitado el consentimiento de su representante legal. Entre los contratantes no deben concurrir impedimentos permanentes que les impidan contraer posterior matrimonio (impedimentos de edad no dispensables), discutiéndose la posibilidad de que puedan prometerse en matrimonio las personas casadas, ya que posteriormente podrán divorciarse. En contra de esta posibilidad se pronuncian DESCHENAUX, H., TERCIER, P. y WERRO, F.: *op. cit.*, pp. 54-55, por considerarla contraria a las buenas costumbres, invocando el artículo 20 del “OR”.

La promesa de matrimonio es un contrato consensual, cuya perfección no requiere especial forma. Cfr., en este sentido: DESCHENAUX, H., TERCIER, P. y WERRO, F.: *op. cit.*, pp. 44-45, HAUSHEER, H., GEISER, Th., y KOBEL, E.: *op. cit.*, p. 38, HEGNAUER, C. y BREITSCHMID, P.: *op. cit.*, p. 37, HUWILER, B.: “Ad artículo 91 ZGB”, en AA.VV.: *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Schweizerisches Zivilgesetzbuch I. Art. 1-359 ZGB*, dirigido por H. HONSELL, NP. VOGT y T. GEISER, Helbing & Lichtenhahn, Basel, Frankfurt am Main, 1996, p. 584, ROSSEL, V. y MENTHA, F. H.: *op. cit.*, p. 160, SIFFERT, R.: *op. cit.*, p. 184, TUOR, P.: *op. cit.*, p. 175.

⁹⁵ Es particular indicativo al respecto el uso del verbo “verpflichten” en la versión alemana del precepto.

⁹⁶ Así, DESCHENAUX, H., TERCIER, P. y WERRO, F.: *op. cit.*, p. 46, afirman que los promitentes están obligados civilmente (no sólo moralmente) a casarse, debiendo adoptar todas las medidas necesarias para preparar el matrimonio y aquel que lo rechaza viola su promesa y da al otro un justo motivo para la ruptura.

KELLER, M.: *Lehrbuch des Eherechts*, en colaboración con V. LANDMANN, A. AUTENRIETH y B. MATHÉ, Verlag Stämpfli & CIEAG, Bern, 1973, p. 24, observa que los promitentes debe comportarse lealmente y de buena fe y crear en la medida de sus posibilidades las condiciones necesarias para un futuro matrimonio (seguridad económica, búsqueda de vivienda, procurarse los documentos necesarios para que pueda celebrarse el matrimonio). Añade que, sin embargo, los novios no tienen una pretensión para exigir la celebración del matrimonio, porque éste sólo se puede celebrar en virtud del libre consentimiento de los contrayentes.

⁹⁷ El precepto se corresponde con el originario artículo 91,I del “ZGB”.

⁹⁸ La Ley Federal de 26 de junio de 1998 ha suprimido la expresa mención que el originario artículo 91,II hacía a las penas convencionales, afirmando que las mismas eran inexigibles.

A propósito del precepto, ROSSEL, V. y MENTHA, F. H.: *op. cit.*, p. 161, decían que toda restricción atentaría contra el principio de la libertad individual y dañaría la institución misma del matrimonio. La admisibilidad de cláusulas penales –afirmaban los autores– no constituiría más que un medio de restricción indirecto y favorecería toda clase de especulaciones repugnantes.

No deja de ser curioso que la doctrina suiza sostenga la nulidad de un pacto en el que se estableciera una pena convencional, por ser éste contrario al principio de libertad nupcial, y, en cambio, considere válido el contrato principal del que, según ella, surge la obligación jurídica de celebrar el matrimonio, aunque esta obligación sea inexigible ante los Tribunales.

En realidad el antiguo artículo 91,II del “ZGB” no decía que el pacto por el que se estableciera una pena convencional fuera nulo, sino que era exigible.

Resulta, pues, que, a nivel práctico, la calificación legal de la promesa de matrimonio como un contrato no lleva a consecuencias prácticas diversas a las del Derecho alemán o austriaco, que se concretan en la indemnización del interés negativo, en los términos previstos por el artículo 92 del "ZGB".⁹⁹

2. Las consecuencias del incumplimiento de la promesa de matrimonio tras la Ley Federal de 26 de junio de 1998

La Ley Federal de 26 de junio de 1998, que ha llevado a cabo una profunda reforma del Derecho de familia suizo, ha incidido en la materia que nos ocupa con una evidente intención de reducir los amplios efectos que los originarios artículos 90 a 95 del "ZGB" atribuían al incumplimiento culpable de la promesa.

A) Supresión de la culpa como criterio de imputación de responsabilidad

En su redacción originaria el artículo 92 del "ZGB" no hacía derivar la obligación de resarcir del mero incumplimiento de la promesa, sino de un incumplimiento

A pesar de ello, DESCHENAUX, H., TERCIER, P. y WERRO, F.: *op. cit.*, pp. 54-55, entendieron que existía una redacción defectuosa del precepto, pues no se trataba de un problema de ejecución, sino de validez, afirmando que la pena convencional pactada para asegurar la ejecución de la obligación de casarse era, simplemente, nula, siendo la solución recogida en dicha norma una aplicación particular del artículo 27 del "ZGB", cuyo párrafo segundo afirma que nadie puede disponer de su libertad en una manera contraria a las leyes o las buenas costumbres.

KELLER, M.: *op. cit.*, p. 25, consideraba también nula la pena convencional pactada para el supuesto de la no celebración del matrimonio, con el argumento de que no se puede constreñir indirectamente a la celebración del matrimonio, de tal modo que dicho pacto sería inmoral, invocando el artículo 20 del "OR".

Evidentemente, la supresión de la mención expresa a la inexigibilidad de las penas convencionales no puede interpretarse en el sentido de que actualmente pueden ser exigidas, pues la finalidad de la reforma operada por la Ley Federal de 26 de junio de 1998 en la materia que nos ocupa ha sido, precisamente, la de reducir los amplios efectos que en el ámbito resarcitorio el Derecho suizo atribuía a la promesa de matrimonio.

Así, tras la reforma, TUOR, P.: *op. cit.*, p. 176, sigue diciendo no sólo que las penas convencionales son inexigibles, como decía el antiguo 91, II del "ZGB", sino que el pacto en el que se estipulen es nulo, por aplicación del artículo 27 del "ZGB" o del 20 del "OR".

HAUSHEER, H., GEISER, Th., y KOBEL, E.: *op. cit.*, p. 38, al tratar de las especialidades del contrato de promesa de matrimonio respecto de las reglas generales del Derecho de obligaciones, observa que la misma es inexigible judicialmente, tanto directa, como indirectamente, por ejemplo, mediante una pena convencional.

⁹⁹ El vigente artículo 92 del "ZGB" dispone que cuando uno de los novios, en consideración al matrimonio ha adoptado de buena fe medidas que le han ocasionado gastos o la pérdida de una ganancia puede exigir al otro una participación financiera apropiada, siempre que esto no parezca contrario a la equidad en vista del conjunto de las circunstancias.

Se aprecian, pues, significativas diferencias entre la redacción actual y anterior a la reforma de este precepto, que originariamente decía lo siguiente: cuando uno de los promitentes rompe la promesa, sin justos motivos, o cuando es rota por uno u otro, como consecuencia de un hecho imputable a uno de ellos, la parte culpable debe a la otra, a los padres o a los terceros que hayan actuado en lugar de éstos una indemnización equitativa por los gastos hechos en consideración al matrimonio, siempre que en atención a las circunstancias no parezcan excesivos.

“sans de justes motifs”, “ohne wichtige Gründe”, “senza gravi motivi”, según las respectivas versiones del precepto.¹⁰⁰

Se exigía, pues, un incumplimiento culpable.¹⁰¹

En cambio, en la actual redacción de la norma se ha suprimido la culpa como criterio de imputación de responsabilidad, de modo que el resarcimiento de los daños, en principio, tendrá lugar por el mero incumplimiento de la promesa, con tal de que los gastos hayan sido hechos de buena fe por quien los reclama, sin necesidad de que el comportamiento del demandado sea susceptible de un reproche culpabilístico.¹⁰²

Esta solución legal posibilita que quien solicite el resarcimiento pueda ser, precisamente, quien ha roto la promesa sin un motivo grave, estando el demandado, por el contrario, dispuesto a cumplirla, consecuencia ésta que, en ocasiones, puede parecer injusta y que podría, quizás, evitarse aplicando el inciso final del precepto, el cual excluye la contribución financiera en los gastos hechos por la otra parte cuando esto parezca contrario a la equidad, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias.¹⁰³

¹⁰⁰ DESCHENAUX, H., TERCIER, P. y WERRO, F.: *op. cit.*, pp. 55, recogen, con cita de fallos concretos, los siguientes casos, en los que la jurisprudencia suiza consideró que concurría justo motivo para la ruptura: la existencia de una enfermedad grave e incurable; la mala conducta del otro prometido, siempre que el que pretende romper no la hubiera conocido antes de la formalización del noviazgo; un cambio de sentimientos si no es meramente arbitrario; el hecho de que la otra parte mantenga correspondencia amorosa con un tercero; los desacuerdos serios que hagan prever que el matrimonio fracasará; el engaño sobre la profesión, por parte de quien afirma falsamente haber cursado estudios de ingeniería y de medicina; la condena del prometido a una pena grave y el deterioro de la situación de fortuna.

¹⁰¹ Cfr., por todos: ROSSEL, V. y MENTHA, F. H.: *op. cit.*, p. 161, quienes claramente observaban que la ruptura había de ser culpable o indebida.

¹⁰² Cfr., en este sentido: SIFFERT, R.: *op. cit.*, 184.

Es difícil de entender que, tras la reforma, HAUSHEER, H., GEISER, Th., y KOBEL, E.: *op. cit.*, p. 39, puedan seguir sosteniendo un criterio de imputación basado en la culpa. Afirman, así, que la ruptura sólo es posible concurriendo un motivo importante, bien por circunstancias ajenas que no pueden ser imputadas a la culpa de ninguno de los prometidos, bien por el comportamiento culpable del otro prometido; y añaden que la ruptura, sin concurrir un motivo importante (“ohne wichtige Gründe”, como decía el antiguo artículo 92 del “ZGB”, que expresamente invocan), es la ruptura de la promesa en sentido estricto (y, por lo tanto –parecen entender– la única que provoca la obligación de indemnizar).

¹⁰³ Téngase en cuenta que en la nueva redacción del precepto se excluye la participación financiera en las disposiciones patrimoniales hechas en consideración al matrimonio, cuando el examen de las circunstancias lleve a la conclusión de que imponer dicha participación a quien no las hizo sería contrario a la equidad; por lo tanto, no sólo cuando los gastos hechos resulten excesivos, como, en cambio, se decía en el último inciso de la norma con anterioridad a la Ley Federal de 26 de junio de 1998, influida, sin duda, por el § 1298, II del “BGB”, que establece un límite cuantitativo de la reparación, estableciendo que los daños que deben resarcirse han de ser razonables en atención a las circunstancias.

B) Legitimación y plazo de ejercicio de la acción

El antiguo artículo 92 del "ZGB" concedía acción para reclamar el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento de la promesa de matrimonio al promitente abandonado o al que la hubiera roto por un hecho imputable al otro; y, así mismo, a los padres o terceros que hubieran actuado en lugar de estos últimos.¹⁰⁴

En su redacción actual, suprimida la culpa como criterio de imputación de responsabilidad, se concede legitimación, exclusivamente, al novio que hubiese adoptado medidas onerosas con ocasión del matrimonio, de buena fe, sin entrar a valorar la causa de la ruptura, excluyéndose, además, la legitimación de terceros ajenos al contrato.¹⁰⁵

El vigente artículo 93 del "ZGB", al igual que hiciera el antiguo artículo 95, fija un plazo de prescripción de un año para el ejercicio de la acción, a contar desde la ruptura.¹⁰⁶

C) Los daños resarcibles

El artículo 92 del "ZGB", en su redacción originaria, establecía como objeto del resarcimiento una indemnización equitativa por los gastos hechos de buena fe en consideración al matrimonio proyectado.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Esta última previsión legal, también acogida por el § 1298, I del "BGB", se conciliaba mal con el carácter contractual que el Derecho suizo atribuye a la promesa de matrimonio, pues significaba conceder legitimación activa a terceros, que no habían sido parte en el denominado "contrat de fiançailles".

La norma llamó, así, la atención de ROSSEL, V. y MENTHA, F. H.: *op. cit.*, p. 162, quienes observaban que la concesión de legitimación a terceros, distintos de los novios y de los padres, era consecuencia de la influencia del Derecho alemán, proponiendo interpretar la expresión de "terceros" en un sentido restrictivo, incluyendo en ella a los abuelos, a un tío o una tía que hubieran comprado el mobiliario o pagado el ajuar, porque los padres habían muerto o no tenían dinero, pero no a los vendedores de los mismos.

DESCHENAUX, H., TERCIER, P. y WERRO, F.: *op. cit.*, p. 53, explicaban esta "anomalía" que consideran "étonnant" desde un punto de vista histórico, retrotrayéndose a la época en que los padres tenían la obligación de constituir una dote a favor de la novia, lo que constituía un contrato entre ellos y el novio.

¹⁰⁵ HEGNAUER, C. y BREITSCHMID, P.: *op. cit.*, p. 39, constatan que los gastos han de ser hechos por los prometidos, exclusivamente, no por los padres o terceros que hayan actuado en su lugar.

HAUSHEER, H., GEISER, Th., y KOBEL, E.: *op. cit.*, p. 40, entienden, sin embargo, que, a pesar del tenor del nuevo precepto, deben resarcirse los gastos hechos por los padres (por ejemplo, por cancelación del banquete de bodas), cuando, de no intervenir los padres, debieran haber sido hechos por los propios prometidos.

¹⁰⁶ El plazo es, pues, más reducido que el establecido por el § 1302 del "BGB", que es de dos años.

¹⁰⁷ Para ROSSEL, V. y MENTHA, F. H.: *op. cit.*, p. 163, el hecho de que sólo sea admitida la reparación de los gastos hechos de buena fe en atención al matrimonio, en la medida de una valoración conforme a la equidad disipaba la inquietud que pudiera surgir de admitir la acción indemnizatoria en el caso de ruptura de la promesa.

En su redacción actual, se habla de “una participación financiera apropiada” (expresión esta que sustituye a la de “indemnización equitativa”) en las disposiciones hechas de buena fe, en consideración al matrimonio, que ocasionen gastos o una pérdida de ganancia.

Se acoge, así, una solución que ya había sido comúnmente admitida por la doctrina y jurisprudencia suizas,¹⁰⁸ que habían interpretado el concepto de gasto en sentido amplio, incluyendo en él no sólo los gastos en sentido estricto,¹⁰⁹ sino también las obligaciones contraídas¹¹⁰ que perdieran su utilidad como consecuencia de la ruptura de la promesa, así como la pérdida de un puesto de trabajo.¹¹¹

Entre los gastos resarcibles se incluyen la compra de vestido de boda,¹¹² el pago del viaje de novios,¹¹³ el alojamiento durante un largo periodo del tiempo del novio en casa de los padres de la novia¹¹⁴ o la adquisición de muebles;¹¹⁵ entre las obligaciones contraídas, el alquiler de una casa en la que se pretendía fijar el domicilio conyugal.¹¹⁶

En cualquier caso, sólo se resarce el interés contractual negativo, lo que parece conciliarse mal con la consideración de la promesa como un auténtico contrato, pues, si lo fuera, lo más coherente sería conceder a la parte inocente el resarcimiento del interés contractual positivo, esto es, por la pérdida de los beneficios

¹⁰⁸ A pesar de que con la originaria redacción del artículo 92 “ZGB” no tenían el apoyo legal explícito que en el Derecho alemán proporciona el § 1298 del “BGB”.

ROSSEL, V. y MENTHA, F. H.: *op. cit.*, p. 162, no interpretaban la expresión “gastos” en sentido amplio, pero admitían que la pérdida de una posición lucrativa o las ocasionadas por la mala venta de una empresa motivada por la necesidad de cumplir la promesa pudieran ser objeto de resarcimiento por la vía de los artículos 50 y ss del “RO”.

¹⁰⁹ Cfr., en este sentido DESCHENAUX, H., TERCIER, P. y WERRO, F.: *op. cit.*, p. 54, KELLER, M.: *op. cit.*, p. 28.

¹¹⁰ Cfr., en este sentido: HUWILER, B.: “Ad artículo 92 ZGB”, en AA.VV.: *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Schweizerisches Zivilgesetzbuch I. Art. 1-359 ZGB* (dirigido por H. HONSELL, NP. VOGT y T. GEISER), Helbing & Lichtenhahn, Basel, Frankfurt am Main, 1996, p. 591.

¹¹¹ Cfr., en este sentido, DESCHENAUX, H., TERCIER, P. y WERRO, F.: *op. cit.*, p. 54, KELLER, M.: *op. cit.*, p. 28; y, así mismo, ya después de la reforma: HAUSHEER, H., GEISER, Th., y KOBEL, E.: *op. cit.*, p. 40, HEGNAUER, C. y BREITSCHMID, P.: *op. cit.*, p. 39.

¹¹² Cfr., en este sentido: HAUSHEER, H., GEISER, Th., y KOBEL, E.: *op. cit.*, p. 40, TUOR, P.: *op. cit.*, p. 177.

¹¹³ Cfr., en este sentido: HAUSHEER, H., GEISER, Th., y KOBEL, E.: *op. cit.*, p. 40, TUOR, P.: *op. cit.*, p. 177.

¹¹⁴ Cfr., en este sentido DESCHENAUX, H., TERCIER, P. y WERRO, F.: *op. cit.*, p. 54, KELLER, M.: *op. cit.*, p. 28.

¹¹⁵ Cfr., en este sentido: HAUSHEER, H., GEISER, Th., y KOBEL, E.: *op. cit.*, p. 40, HEGNAUER, C. y BREITSCHMID, P.: *op. cit.*, p. 39.

¹¹⁶ Cfr., en este sentido: HAUSHEER, H., GEISER, Th., y KOBEL, E.: *op. cit.*, p. 40, HEGNAUER, C. y BREITSCHMID, P.: *op. cit.*, p. 39, HUWILER, B.: *loc. ult. cit.*, p. 591.

que hubiese obtenido con la celebración del matrimonio; y, en particular, una más elevada posición social y económica.¹¹⁷

D) La supresión de la expresa previsión legal del resarcimiento del daño moral

Una de las novedades más importantes introducidas por la Ley Federal de 26 de junio de 1998 es la derogación de la expresa previsión legal del resarcimiento del daño moral contenida en el antiguo artículo 93 del "ZGB".

En su redacción anterior a la reforma el precepto, en su párrafo primero, decía lo siguiente: cuando la ruptura suponga un grave atentado a la personalidad de un promitente, sin que haya culpa por su parte, el juez puede concederle una suma de dinero a título de reparación moral si la otra parte es culpable.¹¹⁸

Muy posiblemente la supresión de este precepto se deba a que en su origen estaba pensado para el caso de la mujer que accedía a mantener relaciones sexuales con su novio ante la promesa de éste de casarse con ella y luego era abandonada, con el consiguiente descrédito social que en la época comportaba esta situación.¹¹⁹

Parece, sin embargo, indudable que otros casos que se incluían en el ámbito de aplicación de la antigua norma pueden reconducirse al artículo 28 del "ZGB",

¹¹⁷ KELLER, M.: *op. cit.*, p. 24, justifica que sólo se resarza el interés contractual negativo, con exclusión del positivo (diferencia de posición económica que para los novios pueda haber entre la celebración y la no celebración del matrimonio) con el argumento de que, al no existir la posibilidad de pedir el cumplimiento de la promesa no puede tampoco existir la posibilidad de pedir la indemnización de los daños derivados de su falta de cumplimiento ("positiven Vertragsinteresses").

¹¹⁸ En su párrafo segundo, afirmaba que dicha pretensión no podía ser objeto de cesión, aunque se transmitía a los herederos si había sido reconocida o si el acreedor había accionado al tiempo de la apertura de la sucesión.

¹¹⁹ Ahora bien, lo cierto es que el antiguo artículo 93 del "ZGB" se expresaba en términos más amplios que el derogado § 1300 del "BGB", el cual contemplaba, exclusivamente, el daño moral por "desfloramamiento".

ROSSEL, V. y MENTHA, F. H.: *op. cit.*, p. 163, observan, así, que el tenor del artículo 93 del "OR" era más amplio que el del antiguo 1300 del "BGB", que sólo preveía la indemnización por daño moral en el caso de que la novia hubiera consentido voluntariamente a mantener relaciones sexuales, como consecuencia de la promesa incumplida. Dicen, así, que este caso podría subsumirse en el precepto suizo, pero dicen que podría pensarse en calumnias propagadas por el novio acerca de su novia para justificar a los ojos de sus conocidos su rechazo a cumplir la promesa, así como otros atentados al derecho al honor.

DESCHENAUX, H., TERCIER, P. y WERRO, F.: *op. cit.*, p. 57, recogen con cita de fallos concretos, algunos casos, que los autores califican de antiguos, en los que se concedió indemnización por daño moral: la ruptura había sido comunicada de manera particularmente poco delicada; el noviazgo había durado varios años; uno de los promitentes había roto por motivos que habría debido conocer antes de decidir a casarse; el novio había engañado a la novia sobre sus cualidades; la novia había accedido a mantener relaciones sexuales; por el contrario, la pretensión resarcitoria del daño moral ha sido rechazada cuando no se podía reprochar ningún engaño al demandado.

que, con carácter general, concede a quien sufre un atentado ilícito a su personalidad el derecho a reclamar una indemnización de daños en reparación del daño moral¹²⁰ o al artículo 49 del "OR" (si se tiene en cuenta que la doctrina suiza considera la promesa un contrato que origina la obligación de contraer matrimonio).¹²¹

Por ejemplo, cuando un prometido daña el buen nombre del otro mediante calumnias o desvela intimidades suyas.¹²²

E) Restitución de regalos

Al igual que en el Derecho alemán, el artículo 92 del "ZGB" regula la devolución de los regalos, distinguiendo, según que la promesa se rompa en vida de los novios o por muerte de alguno de ellos.

En el caso de ruptura por muerte, no tiene lugar la restitución de los regalos; lo que sí procederá en caso de ruptura de la promesa.¹²³ Si los regalos no existen ya, la restitución tiene lugar por la reglas del enriquecimiento injusto.

La doctrina excluye que las fotografías y cartas sean regalos en el sentido del artículo citado, entendiendo que la restitución de las mismas procede por aplicación del artículo 28 del "ZGB", mediante una acción de protección de la personalidad.¹²⁴

¹²⁰ HAUSHEER, H., GEISER, Th., y KOBEL, E.: *op. cit.*, p. 40, sugieren, así, la posibilidad de aplicar el artículo 28 del "ZGB" en aquellos casos en que las circunstancias de la ruptura provoquen un grave daño en la personalidad.

¹²¹ Para TUOR, P.: *op. cit.*, p. 176, a pesar de no existir en la actualidad una norma como la contenida en el derogado artículo 93 del "ZGB", cabrá siempre que una lesión de la personalidad pueda dar lugar a una pretensión resarcitoria por la vía de la regla general del artículo 49 del "OR".

En el mismo sentido se pronuncia SIFFERT, R.: *op. cit.*, p. 184, para quien la supresión de la norma expresa contenida en el anterior artículo 93 del "ZGB" no obsta la aplicación de la norma general del artículo 49 del "OR".

¹²² Cfr., en este sentido: KELLER, M.: *op. cit.*, p. 29, con anterioridad a la reforma operada por la Ley Federal de 26 de junio de 1998.

¹²³ El vigente artículo 92, I del "ZGB" excluye expresamente ahora de la restitución "les cadeaux d'usage", lo que no decía el artículo 94 en su redacción anterior a la reforma realizada por la Ley Federal de 26 de junio de 1998.

¹²⁴ Cfr., en este sentido: DESCHENAUX, H., TERCIER, P. y WERRO, F.: *op. cit.*, p. 52, KELLER, M.: *op. cit.*, p. 27, TUOR, P.: *op. cit.*, p. 176.

HEGNAUER, C. y BREITSCHMID, P.: *op. cit.*, p. 39, entienden, sin embargo, que la restitución de las fotografías y de las cartas tendrá lugar por aplicación analógica del artículo 91, I del "ZGB".