

LOS ESPONSALES EN EL DERECHO CIVIL ARGENTINO Y EN LA LEGISLACION COMPARADA

SUMARIO: 1. Las instituciones de la familia y la reforma de la ley civil. 2. El pensamiento de Vélez Sársfield y la ley sobre esponsales. 3. Matrimonio antiguo y matrimonio moderno. 4. Antecedentes históricos. 5. Naturaleza jurídica de los esponsales. 6. La ruptura de los esponsales y sus efectos en los distintos sistemas de la legislación comparada. 7. Opinión de los autores nacionales. 8. Los proyectos de reforma. 9. La jurisprudencia de los tribunales y la reparación de los daños y perjuicios. 10. La ruptura de la promesa matrimonial y la devolución de los regalos en la doctrina y en la jurisprudencia: a) La cuestión; b) Antecedentes doctrinarios; c) Los casos jurisprudenciales y la opinión de los autores; d) Nuestra opinión; e) La falta de causa o error sobre la causa de la donación prematrimonial; f) El fundamento legal de la obligación de restituir y el enriquecimiento sin causa; g) Intrascendencia de la culpa a los efectos de la restitución de los bienes; h) Ruptura de la promesa matrimonial por muerte; i) Naturaleza de la acción restitutoria. 11. Conclusiones.

1. LAS INSTITUCIONES DE LA FAMILIA Y LA REFORMA DE LA LEY CIVIL

La inminencia de la reforma del código civil plantea el trascendental problema de verificar la vitalidad de las instituciones legisladas por Vélez Sársfield y su eficacia en relación a las necesidades y aspiraciones de la sociedad actual. La igualdad jurídica de los cónyuges, que la Constitución postula, requiere derogaciones de algunas normas relativas a los efectos personales y patrimoniales del matrimonio, institución que, por otra parte, debe ser sometida a una sistemática y orgánica revisión, en consonancia con los tiempos que vivimos, los sentimientos morales de nuestro pueblo y su adelanto cultural y técnico.

2. EL PENSAMIENTO DE VELEZ SANSFIELD Y LA LEY SOBRE ESPONSALES

He de referirme aquí a la promesa bilateral de futuro matrimonio, conocida con el nombre de esponsales, sobre los que Vélez tuvo ideas claras y definidas, en tajante oposición con el derecho tradicional de la colonia, que se nutría de los principios romanos y canónicos. Su fidelidad a las ideas individualistas lo llevó a extremar el silencio deliberado del Código Napoleón, que, al decir de Planiol, los redujo a una "nada jurídica", pues el repudio del codificador argentino adopta una forma de expresión positiva, concebida de modo terminante y enérgico. Inspirado en las reflexiones de García Goyena, se propuso asegurar de ese modo la espontaneidad y libertad de las personas que se unen en matrimonio, despojando de toda significación externa los compromisos anteriores a la celebración del acto matrimonial.

Consecuente con ello el artículo 166 del código dispone:

"La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún tribunal admitirá demanda sobre la materia, ni por indemnización de perjuicios que ellos hubieren causado."

Vélez en la nota manifiesta que se aparta de la Partida 4ª, Título 1 de la Ley 18, Título 2, Libro 10 de la Novísima Recopilación, y del código Sardo y los de Baviera, Prusia y Austria. Recuerda que Seoane, en su obra sobre legislación comparada, dice que los esponsales en toda Europa están desusados. Invoca como fuente el proyecto de García Goyena, cuyo art. 47 dispone: "La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún tribunal civil o eclesiástico admitirá demanda sobre ello."

El texto de Vélez parecería más riguroso en sus proyecciones negativas que su misma fuente, aunque ambas fórmulas se identifican en cuanto no acuerdan validez a la promesa

matrimonial en el ámbito del derecho, ni le reconocen ningún efecto ante los tribunales (1).

El autor español fundamenta el precepto en un comentario tan expresivo como elocuente cuyo pensamiento Vélez Sársfield ha debido compartirlo sin hesitaciones.

“Los esponsales de futuro —decía— eran las más de las veces tan funestos a la moral, como contrarios a la santidad del matrimonio, y a la libertad con que debe ser contraído.”

“En manos de un seductor hábil era un arma para combatir la virtud de una joven apasionada o de inferiores circunstancias; en las de una mujer artera e hipócrita de pudor era un lazo para enredar a un hombre locamente enamorado; más de una vez, los padres o tutores los empleaban para asegurar sus combinaciones de interés, de ambición o de vanidad comprometiendo anticipadamente a sus hijos o menores” (2).

El legislador argentino de 1888, que sancionó la ley de matrimonio civil, en el art. 8 dejó intacta la disposición redactada por Vélez.

3. MATRIMONIO ANTIGUO Y MATRIMONIO MODERNO

Anulados los esponsales en nuestro derecho patrio, su evolución a través de los siglos, como en tantas otras instituciones, es fruto de la lucha incesante del hombre, a impulsos de ideas y sentimientos que lo mueve a no soportar hoy lo que hasta ayer admitía como justo y legítimo.

En la Edad Media los esponsales tenían suma importancia, pues los matrimonios eran principalmente alianzas entre las familias, destinadas casi siempre a restablecer la armo-

(1) PAVÓN, Cirilo, *Tratado de la familia*, t. 1, pág. 201, nº 310 y ss. Contra, CORDEIRO ALVAREZ, *Los esponsales en el derecho civil contemporáneo*, Bol. Inst. Der. Civil, Córdoba, 1943, Junio, pág. 15.

(2) GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del C. Civil Español*, Madrid, 1852, t. 1, pág. 57.

nía ⁽³⁾. Con su radical aniquilamiento y la supresión de todo efecto jurídico a la ruptura de esponsales, las corrientes revolucionarias de 1789 destinadas a barrer una tradición antiquísima y dar al matrimonio una fisonomía nueva, en defensa de la libertad de la persona humana, reciben plena acogida en nuestra tierra. Y es que el matrimonio moderno se presenta como un asunto que lo resuelve particularmente el individuo. Una vieja anécdota refleja bien el orden de relaciones que la revolución vino a poner fin. Un joven abogado, hijo de un Consejero del Parlamento de Dijón, inquieto por la noticia de que su padre ya le había asignado esposa, con explicable timidez se atrevió a satisfacer su natural curiosidad, y se presentó al estudio de su progenitor deseoso de conocer la verdad, pero sólo obtuvo de él esta hoy incomprendible como áspera respuesta: "Caballero, ocúpese de sus propios asuntos".

Entonces, por lo visto, el matrimonio no incumbía a quien lo celebraba porque la tiranía paterna era una realidad que se sufría, aunque frente a ella se levantase como escudo una protección familiar realmente efectiva. En nuestros días la libertad lleva a veces a los jóvenes a formular promesas ligeras, y en sustitución de la caduca potestad familiar, el fallo de los tribunales decide soberanamente los conflictos de esta índole entre padres e hijos ⁽⁴⁾.

Colin y Capitant dan cuenta de la evolución que ha tenido en Francia la presencia de la voluntad de los padres en la celebración del matrimonio. A su juicio, en determinados casos, la encuentran razonable, porque es un acto demasiado grave, por lo cual es lógico que los hijos sean guiados por sus consejeros naturales, por lo menos hasta que tengan la mayor

⁽³⁾ BORJA, Luis F., *Estudios sobre el código civil chileno*, París, 1907, t. 3, pág. 9. ESMEN, *Le mariage en droit canonique*, I, 151, París, 1929.

⁽⁴⁾ CAMPOAMOR, Clara, *El noviazgo ante el derecho*, La Ley, t. 16, pág. 38. Sec. doct. Estudio de sumo interés por sus referencias a obras famosas de la literatura universal y a la evolución de los esponsales en la historia del derecho. Crítica resueltamente la posición negativa del código civil argentino.

edad. “No hay que olvidar —reflexionan— que el matrimonio no interesa solamente a los que lo celebran, sino también a su familia; él da a los padres de los esposos herederos de su nombre, acreedores a alimentos en las personas de sus futuros nietos, de su yerno o nuera; hace que la persona elegida participe de una situación familiar y social que éste, por regla general, no ha creado, sino que debe a sus padres, a sus ascendientes. Por muy libre que esté de prejuicios aristocráticos y patriarcales, el legislador no puede hacer abstracción de este punto de vista. Pero se concibe fácilmente que las tendrá en cuenta más o menos, según las tendencias políticas y filosóficas de la sociedad que rigen sus prescripciones (5).

También para Josserand el matrimonio interesa a la familia toda entera y no debe celebrarse contra su consentimiento, aunque admite que la autoridad paterna ha declinado al mismo tiempo que se ha debilitado la cohesión de la familia. No conviene —dice— que por respeto a esa autoridad y a esa cohesión, el legislador siembre de obstáculos el camino que conduce al matrimonio. Por eso aplaude las leyes liberales que en los últimos cuarenta años han facilitado en Francia la unión legítima, pues éste es el objetivo esencial que ha de anteponerse a la mayor parte de las consideraciones por respetables que sean (6).

Una breve reseña de las legislaciones antiguas abandonadas por Vélez Sársfield ha de mostrarnos el curso de estas sucesivas transformaciones hasta llegar a la época actual, en que los esponsales han perdido la tremenda significación y la intensidad de los efectos jurídicos que antes tenían, aunque de su ruptura, en casi todos los derechos nacionales europeos y americanos, emergen consecuencias jurídicas de considerable importancia, en visible contraste con lo que sucede entre nosotros.

(5) COLIN y CAPITANT, *Derecho Civil*, Madrid, 1922, trad. de Demófilo de Buen, t. 1, pág. 284.

(6) JOSSERAND, *Derecho Civil, La Familia*, Buenos Aires, 1950, t. 1 v. II, pág. 33.

4. ANTECEDENTES HISTORICOS

a) *Primeros orígenes*

En las tribus salvajes y bárbaras la joven no dispone de su mano porque se la considera como una propiedad y como tal se la trata. En los tiempos primitivos del matrimonio por raptó los esponsales eran desconocidos. Al decir de Enneccerus (7) aparecen en la etapa del matrimonio por compra, relativamente reciente en la historia de las relaciones familiares de la humanidad. Para Westermarck este matrimonio debe su origen al hecho de que las solteras tienen siempre un valor como trabajadoras, de manera que no pueden ser dadas sin retribución (8).

Según las leyes de Manú, la muchachita, la joven y la anciana nada deben hacer por propia voluntad, aún en su casa. Durante la infancia, depende de su padre; durante la juventud, de su marido; muerto el marido, de su hijo; si no tiene hijo, de los próximos parientes de su marido, pues una mujer nunca debe gobernarse a su antojo (9).

En los pueblos más antiguos el matrimonio fue siempre precedido por una promesa. Entre los hebreos a los prometidos se los considera casados. La novia es llamada esposa, y el novio, yerno. La falta de virginidad, que la mujer debía conservar inviolada a su novio, constituía un delito sancionado con la pena capital: era lapidada (10).

En Grecia, la promesa de matrimonio se sellaba entre los esposos con un beso o con la unión de las manos derechas y

(7) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Derecho Civil*, t. IV, *Familia*, v. I, página 24, ed. Bs. As., 1948.

(8) WESTERMARCK, *Historia del matrimonio*; Bs. Aires, 1946, trad. de Julio Azurmendi, págs. 173 y 178.

(9) LEYES DE MANÚ, Libros IV, vers. 147 y 148, IX, ver. 3, versión castellana de Juan España, ed. Bergua, Madrid, s/f.

(10) GÉNESIS, cap. XIX, ver. 12; DEUTERONOMIO, cap. XXII, vers. 23 y ss.; GOLDSTEIN, Mateo, *Derecho Hebreo a través de la Biblia y el talmud*, Buenos Aires, pág. 256; DEGNI, *Il Diritto di famiglia*, Padova 1943, pág. 23.

con el regalo del anillo que hacía el novio como garantía del futuro matrimonio.

b) *Derecho romano*

El Digesto regula los esponsales y no pone límites a la autoridad del "pater" familia para decidir el matrimonio de los hijos. Según Ulpiano, los esponsales son una promesa que ambas partes se dan recíprocamente de futuro matrimonio⁽¹¹⁾. Viene de la voz latina *spondeo*, porque en principio se hacían en forma de estipulación. Se formaban con el consentimiento de los dos novios y del jefe de su familia. Bastaba que los novios tuviesen más de siete años y en adelante fuesen capaces de contraer matrimonio.

En Roma, en la época clásica, los efectos de los esponsales eran éstos: a) confería acción al prometido contra un tercero que hubiese injuriado a la prometida; b) acordaba acción contra la prometida en caso de que ella tuviera después de los esponsales relación sexual con un tercero; c) hacía recaer el dicitario de infamia sobre quien contrajere nuevos esponsales sin haber roto previamente los anteriores; d) creaba a favor de la prometida que entregaba su dote, los mismos privilegios que corresponden a la legítima esposa después de establecerse el estado matrimonial.

En la época del Derecho Imperial eran usuales las arras esponsalicias. En tiempos de Constantino se estableció que el que rompiera sin motivo la promesa debía perder los regalos que hubiera hecho y restituir lo que hubiese recibido, gravándose la sanción con el pago del cuádruplo y en el derecho justiniano del triple al prometido que sin causa justificada rompiese los esponsales. La devolución de lo regalado por am-

⁽¹¹⁾ D, 23, T. 1, 2, 3, 4. 12 y 14. ORTOLÁN, *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, Madrid, s/f., t. 1, pág. 103; PUIG PEÑA, *T. de Derecho Civil Español*, Madrid, 1947, t. II, v. 2; pág. 68.

bas partes correspondía siempre que no hubiese habido ósculo (12). Esta regulación del ósculo, de origen gentil, con el andar del tiempo se transmitirá a los usos cristianos, del mismo modo que la antigua costumbre de cambiar los anillos de compromiso que perdura hasta nuestros días y que se colocan en el dedo anular de la mano izquierda, porque originariamente se creía que existía un nervio, llamado anular, que llegaba hasta el corazón.

c) *Derecho Canónico*

El derecho canónico, de acuerdo con la tradición romana, incorporó los sponsales como acto que precedía por modo habitual, pero no necesario al matrimonio, no sometiéndolos para su validez a formalidad alguna. Los canonistas distinguieron los *sponsalia de presente* de las *sponsalias de futuro*, estimando aquéllos como matrimonio, y éstas como una promesa de futuras nupcias, que se convertía en matrimonio si a ellas seguía la cópula carnal (13).

Conforme al derecho de las Decretales y al Concilio de Trento, los sponsales de futuro válidamente contraídos producían todos sus efectos, y por tanto, obligaban a contraer matrimonio. De ellos surgía un "actis matrimonialis" para compeler al prometido remiso a celebrarlo. La Iglesia forzaba al incumplidor indirectamente imponiéndole penas, pero desde el Papa Lucio III, se dispuso que, en caso de resistencia, más bien fuesen amonestados que obligados a cumplir penitencia, como estableció el Concilio de Espina, o imponerles la pena de excomuni6n (14).

(12) RÉBORA, *La familia*, Buenos Aires, 1926, t. 2, pág. 14; STOLFI, *Diritto Civile*, 1921, t. V n.º 47; CAMPOAMOR, *La Ley*, 16, pág. 39, s. doct.

(13) KNECHT, *Derecho Matrimonial cat6lico*, Madrid, 1932, pág. 111.

(14) PUTG PEÑA, *ob. cit.*, t. II, v. 2, pág. 72, nota II.

En síntesis, en el derecho canónico anterior al código de 1917 los efectos eran los siguientes: a) constituían una promesa de hacer, cuya resolución culpable quedaba sujeta a una pena canónica y a una indemnización por daños; b) daban nacimiento a un impedimento dirimente denominado de pública honestidad que imposibilitaba el matrimonio en cualquiera de los desposados con los consanguíneos en primer grado del otro prometido; c) creaban un impedimento impediante que impedía la unión conyugal con un tercero; d) originaba la filiación legítima del hijo que pudiera nacer en caso de relaciones sexuales entre los vinculados por esponsales, porque en ese caso la consumación establecía el estado matrimonial.

León XIII hizo desaparecer el principio jurídico de la Edad Media de que los esponsales seguidos de cópula carnal entre los prometidos se consideraban en el fuero externo como matrimonio.

Pío X en el decreto *Ne temere*, de 2 de agosto de 1907, declaró únicamente válidos y con efectos jurídicos los esponsales realizados por escrito y firmados por las partes, el párroco o el obispo, o a lo menos, por dos testigos. Y si los prometidos no sabían firmar debía hacerse constar en la escritura añadiéndose otro testigo. De ese modo la Iglesia derogó los esponsales privados, con lo cual de su incumplimiento desde entonces no se deriva efecto alguno en ningún fuero.

El código canónico de 1917, promulgado por el Papa Benedicto XV, en el canon 1017, reproduce el texto del decreto *Ne temere*, sobre la exigencia de la forma escrita para su validez.

En cuanto al efecto de los esponsales, dispone: “La promesa de matrimonio, aunque sea válida y no haya causa alguna que excuse de cumplirla, no da acción para pedir la celebración del matrimonio, sino solamente para pedir la reparación de los daños, si alguno se debe.”

d) *Derecho hispano*

Los esponsales de futuro se celebraban con ceremonias especiales en las cuales los contrayentes se hacían donativos y regalos y se canjeban el anillo simbólico, llamado arras, como garantía del cumplimiento de la promesa y de la dote estipulada. Algunas veces se entregaban la mitad de los bienes que harían parte de la dote. Luego de la entrega de los presentes era usual que los futuros cónyuges se diesen recíprocamente un beso, con efectos jurídicos distintos, sobre la devolución de las arras, según quien lo diera.

La ley del ósculo, o la ley del beso, pasó como costumbre de los romanos a España. Séneca refiere las costumbres de los cordobeses que transformaban los esponsales en nupcias por medio del ósculo. Es una de las leyes españolas más antiguas (15). Fue adoptada en el año 336 por Constantino, en una Constitución a Tiberiano, Vicario de las Españas en Sevilla. Luego pasó al código de Teodosio, después al justiniano, y posteriormente al Fuero Juzgo, al Fuero Gótico, al Fuero Real y al Fuero Viejo de Castilla.

En el caso de haber mediado ósculo, la mujer hacía suyo todo, o la mitad de lo dado por el esposo con vistas al matrimonio. Por eso adquiría suma trascendencia la prueba de si había o no mediado el beso.

El beso es femenino y no masculino, subraya Clara Campoamor, apoyada en reflexiones de Alfonso el Sabio (16), quien, en una de sus leyes de Partida, dice: "E la razón porque se movieron los sabios antiguos es porque la desposada da el beso a su esposo e non se entiende que lo recibe de él. Cuando recibe el esposo el beso ha ende placer e es alegre, e la esposa finca en vergonzada."

(15) CAMPOAMOR, *La Ley*, t. 16, pág. 39, sec. doct.

(16) CLUSELLAS, *La responsabilidad precontractual en la promesa de matrimonio*, Rev. Jurídica y de Ciencias Sociales, año 1932, pág. 476; CAMPOAMOR, *ob. cit.*, pág. 39.

Una hazaña curiosa resuelta en el Fuero Viejo de Castilla muestra a una tal doña Elvira a quien un caballero reclama cuanto en trajes y joyas la había regalado al prometerse en matrimonio; y se ve al Adelantado Mayor de Castilla declarar que “si la doña Elvira otorgaba que había abrazado y besado al caballero, todo lo recibido sería suyo”. Y como ésta pudorosamente se rehusó a reconocer que había besado al caballero, debió restituir todos los regalos recibidos.

El Fuero Juzgo, libro II, título I, leyes 2 y 3, disponía: “Si alguno depositar la manceba de voluntad de su padre, e la manceba contra la voluntad de su padre quisiera casar con otro e non con aquel a quien la prometió su padre, aquesto non lo sofrimos por enguna manera”; “la sortía fuere dada e recibida por nombre de arras, maguer que otro escripto non sea ender fecho, por nenguna manera el prometimiento no sea crebantado.”

La Partida 4ª, título I, leyes 1, 2 y 3, reglamentaba la institución de los esponsales, confiriendo derecho a los prometidos para acudir a la jurisdicción eclesiástica con el fin de apremiarse recíprocamente a realizar el matrimonio. Los esponsales podían contraerse válidamente desde la edad de siete años porque ya tienen entendimiento “e son de hedad que les plaze las desposajas”, mas para el casamiento era menester 14 años en el varón y 12 en la mujer, ley VI, tít. I, part. 4ª.

Elizondo, en su *Práctica Universal*, citado por García Goyena, recuerda que las amonestaciones y censuras eran el último auxilio de la jurisdicción espiritual. Pero, al fin, fue indispensable establecer cárceles para ablandar a los incumplidores, al punto que en ciertas curias había una cadena llamada de los novios, que debían sufrir hasta ejecutoriarse la causa por tres sentencias conformes. Y cuando éstos accedían a casarse se los sacaba al patio o a las puertas de la cárcel, sin grillos, para que se dijera que se casaban en plena libertad. “De esta ridícula libertad —concluye Elizondo— han derivado acto continuo las separaciones, o a corto tiempo

los divorcios, los uxoricidas, el abandono de los mismos esposos, el odio entre éstos y sus familias, y la mala educación de los hijos" (17).

La ley española de matrimonio civil de 1870, influida por las doctrinas revolucionarias, en su art. 3, anula toda consecuencia de los esponsales, cualquiera sea su forma. Pero el decreto de 1875 derogó esa ley, con lo cual los esponsales quedaron restablecidos en sus anteriores disposiciones hasta la sanción del código de 1889.

5. NATURALEZA JURIDICA DE LOS ESPONSALES

En los derechos nacionales que admiten ciertos efectos jurídicos a la promesa matrimonial se discute su naturaleza jurídica.

En Francia, cuyo código de 1804 ignora los esponsales, inmediatamente después de su promulgación, la validez de la promesa de matrimonio fue objeto de vivas discusiones. Aunque siempre se reconoció que se trataba de una obligación inejecutable de manera directa, autores como Merlin y Toullier, considerándolo un antecontrato jurídicamente válido, pensaban que el culpable de la ruptura debía pagar daños y perjuicios por aplicación del art. 1142. Algunas Cortes de Apelación compartieron ese criterio, pero la Corte de Casación, lo rechazó en las sentencias de 30 de mayo y 11 de junio de 1838. Se afirmaba, acorde con Laurent, que el matrimonio está fuera del comercio y que no puede ser objeto de una obligación de hacer. Pero, en rigor, el argumento esencial que decidió al tribunal a negar eficacia a la promesa radicaba en el carácter absolutamente libre que debe tener el consentimiento en el matrimonio. Y no lo tendría, ciertamente, ante la perspectiva abierta de pagar daños y perjuicios en caso de retractación de los esponsales.

(17) GARCÍA GOYENA, *Concordancia, motivos y comentarios del C. Civil español*, 1852, t. 1, pág. 57.

Planiol, Ripert y Rouast ⁽¹⁸⁾, juzgan que la idea de antecontrato no puede ser aceptada porque el matrimonio no es un puro contrato, sino una institución a la cual se adhiere la voluntad de los esposos con toda libertad, criterio que también es el de Vélez Sársfield, y que compartimos plenamente.

Josserand, por su parte, critica la doctrina y la jurisprudencia que asigna a la promesa matrimonial el alcance de un simple deber de conciencia, sin efecto obligatorio, ni siquiera como obligación natural. A su juicio, los esponsales son uno de esos contratos, como el arrendamiento de servicios de duración indeterminada, que llevan consigo la anulación unilateral, pero con la reserva de que el autor de la ruptura compromete su responsabilidad si se retira sin motivo justo, porque así incurre en un abuso del derecho que da lugar a la otra parte a exigir reparación ⁽¹⁹⁾.

La doctrina de Josserand no ha tenido mayormente aceptación en su país, porque supone el retorno a la idea de un contrato de esponsales civilmente obligatorio que en Francia no se acepta. “Nos parece imposible —advierten Planiol y Ripert— que se diga que un contrato cuya ejecución implica una prestación única, puede estar dotado de una facultad de rescisión unilateral. Esta pretendida rescisión no sería ya un término puesto a la ejecución del contrato, como en el inquilinato o el seguro, sino una condición que suspende esa ejecución a voluntad de cada uno. Más bien sería una condición puramente potestativa, y la promesa de matrimonio tendría que ser anulada en virtud del art. 1174. No hay, pues, que

⁽¹⁸⁾ PLANIOL, RIPERT y ROUAST, *Trat. de Der. Civil francés*, Habana, 1939, traducción de Mario Díaz Cruz, *La familia*, t. 2, pág. 67, nro. 81; PLANIOL, *Tr. Elementaire de Droit Civil*, París, 1925 t. 1, pág. 275.

⁽¹⁹⁾ JOSSERAND, *Derecho Civil*, t. 2. v. II, pág. 43. LOS MAZEAUD, coincidiendo con JOSSERAND, agregan que cuando el prometido se encuentre en la imposibilidad moral de probar por escrito sus esponsales, debe ser autorizado a practicar la prueba por todos los medios, conforme al art. 1348 del Cód. Civ.; esa imposibilidad existiría casi siempre (*Lecciones de Derecho Civil*, trad. de Alcalá Zamora y Castillo, Bs. As, 1959, Parte 1ª: Vol. 3º, nº 725, pág. 87).

hablar de abuso del derecho de ruptura, puesto que no hay derecho definido de ruptura; hay simplemente la libertad de orden público de no celebrar el matrimonio. Nos parece pues inútil que se apele a la teoría del abuso del derecho. La inmensa mayoría de las sentencias se colocan sencillamente en el terreno del derecho común de la responsabilidad" (20).

En Alemania, cuyo código de 1900 promueve una decidida reacción contra la actitud negativa del código francés seguida luego por la mayoría de las legislaciones europeas y americanas, los civilistas han ensayado diversas teorías para explicar el fundamento de las obligaciones que de ellos derivan. Heinrich Lehmann señala la importancia práctica que tiene la posición que se adopte a su respecto por cuanto la ley civil germana nada dice sobre los requisitos que han de concurrir para la validez de los esponsales, al punto que su determinación ha quedado librada a la doctrina y la jurisprudencia (21).

Tres son las doctrinas elaboradas en el derecho germano:

a) La *teoría del hecho*, que ve en los esponsales un pacto social no reglamentado especialmente; b) la *teoría del contrato*, que considera los esponsales como un contrato de contenido obligacional en el sentido de la parte general del código civil; y, c) la *teoría del contrato de derecho de familia*, que justifica una relación social —noviazgo— a la que en virtud de sus peculiaridades sociales, no son de aplicación inmediata las disposiciones sobre la declaración de voluntad.

Lehmann, en la segunda edición de su *Derecho de Familia*, abandona el criterio antes expuesto de ver en los esponsales simplemente un pacto de índole social que sólo produce obligaciones de orden moral, estimando como más acertada la doctrina del contrato de derecho de familia. En cam-

(20) PLANIOL, RUPERT y ROUAST, t. 2, pág. 69 y s.

(21) LEHMANN, Heinrich, *Derecho de familia*, Madrid, 1953, pág. 50; LOEWENWARTER, Victor, *Derecho civil alemán comparado*, 2ª ed., Chile, 1943, pág. 531 y ss.

bio, sustentan la teoría del hecho Meinser, Jacobi, Tizze, Kohler, Hellmann y otros tratadistas de renombre ⁽²²⁾.

Sin embargo, la doctrina dominante, tanto en Alemania como en Suiza, considera la promesa matrimonial como vínculo de naturaleza contractual; naturalmente, no engendra todos los efectos comunes de los contratos, lo cual es propio de ciertas obligaciones de hacer.

Enneccerus-Kipp-Wolff ⁽²³⁾ dedican a esta materia un análisis detenido, y entienden que para el derecho germano los sponsales son un contrato del derecho de las obligaciones y del derecho de familia, puesto que los prometidos se obligan a contraer matrimonio, y si bien el compromiso no crea una acción judicial, ni puede reforzarse mediante pena convencional, porque la conclusión del matrimonio debe ser libre, determina de todos modos para cada una de las partes un deber subsidiario de indemnización, si el contrato se resuelve sin causa, o si por su culpa, da lugar a la resolución por la otra. Además, aunque los sponsales se limiten tan sólo a preparar el matrimonio, en el derecho germano derivan de ellos ciertos efectos que son inherentes al derecho personal del matrimonio mismo. El prometido es "familiar" en el sentido del código penal, lo cual tiene importancia ante todo para la exención de pena en caso de estado de necesidad o complicidad y está autorizado, lo mismo que el cónyuge, a negar su testimonio o su dictamen pericial en juicio civil o criminal contra su prometido. Asimismo, las facilidades que el código civil da para los contratos sucesorios y de renuncia a la herencia entre cónyuges las extiende a los prometidos, todo lo cual acredita suficientemente el carácter mixto de esta relación contractual.

En el derecho italiano Antonio Cicu, en su original y profundo estudio del Derecho de Familia, expone con singu-

⁽²²⁾ LEHMANN, *ob. cit.*, pág. 51; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Derecho de Familia*, ed. Bosch, 1948, t. IV, v. 1, pág. 29, notas 1 y 2; PUG PEÑA, *ob. cit.*, t. 2, v. 1, pág. 69.

⁽²³⁾ ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Der. de Familia*, t. IV, v. I; págs. 31 y siguientes.

lar agudeza pero también con cierta exageración, que este derecho más bien participa del derecho público que del derecho privado, al punto de considerar al matrimonio como acto del poder estatal. Así también para este autor los esponsales no tienen carácter contractual y ni siquiera constituyen un acto del derecho de familia, pues, a diferencia de los derechos romano, canónico y germánico actual, tampoco producen un vínculo de cuasi afinidad. Sostiene, por lo demás, que el efecto indemnizatorio previsto por el art. 81 del código italiano vigente se origina, puramente en una relación extracontractual⁽²⁴⁾. De Ruggiero, Jemolo, Messineo y Barbero lo acompañan al negar la naturaleza contractual de la promesa de matrimonio y en aceptar a la culpa aquiliana como elemento del resarcimiento, considerando estos autores a los esponsales como un simple acto lícito voluntario (acto jurídico en la terminología italiana) o convención preliminar no vinculante⁽²⁵⁾. Pero la gran mayoría de los tratadistas y la jurisprudencia se declara en franca oposición a esta doctrina, afirmando el fundamento contractual de los esponsales⁽²⁶⁾.

En España, Castán Tobeñas también sostiene que los esponsales constituyen un contrato de efectos reducidos⁽²⁷⁾. Puig Peña los considera como un contrato de naturaleza mixta: de derecho de obligaciones y de derecho de familia⁽²⁸⁾. Bonet Ramón y Puig Brutau los conciben como negocio jurí-

(24) CICU, Antonio, *Derecho de Familia*, trad. de Sentis Melendo, Bs. As., 1947. pág. 313.

(25) DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. de la 4ª ed., t. II, v. 2, pág. 73 y s.; MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. de Sentis Melendo, Bs. As., 1971. t. III, pág. 41; BARBERO, *Sistema del Derecho Privado*, trad. Sentis Melendo, Bs. As. 1967, T. II, nº 339; JEMOLO, *El matrimonio*, trad. de Sentis Melendo, Bs. Aires, 1954, pág. 60 y s.

(26) DE GNI, F., *I' Diritto di Famiglia*, Padova. 1943, págs. 41/42, y autores y jurisprudencia citados en nota 3 (pág. 42).

(27) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Madrid. 1976, t. V, vol. 1º, pág. 143.

(28) PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil Español*, Madrid, 1947, t. II, vol. 1º, págs. 69/70.

dico bilateral (acto jurídico bilateral en la terminología argentina) (29).

En nuestro país Díaz de Guijarro clasificó a los esponsales como acto jurídico familiar bilateral. Y Lagomarsino los consideró como contrato de derecho de familia o acto jurídico bilateral de contenido fundamentalmente familiar (30).

6. LA RUPTURA DE LOS ESPONSALES Y SUS EFECTOS EN LOS DISTINTOS SISTEMAS DE LA LEGISLACION COMPARADA

En el derecho civil contemporáneo se destacan distintas direcciones bien definidas sobre la regulación de las consecuencias jurídicas de la ruptura de esponsales, que pueden reducirse a tres grandes grupos:

I) Legislaciones que niegan todo efecto patrimonial a la ruptura de esponsales; II) legislaciones que conceden efectos limitados; III) legislaciones que acuerdan eficacia contractual al vínculo esponsalicio y reglamentan cuidadosamente los efectos jurídicos de la ruptura.

1. Legislaciones de tipo negativo

a) Derecho francés y belga

El primer grupo estaría representado por el código francés y por todas las codificaciones que se han inspirado en ese cuerpo legislativo de comienzos del siglo XIX; es decir, no conceden ningún efecto patrimonial al incumplimiento de los es-

(29) BONET, Ramón, *Compendio de Derecho Civil*, Madrid, 1960, t. IV, pág. 75; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, t. IV, vol. 1º, págs. 47/48, Barcelona, 1967.

(30) DÍAZ DE GUIJARRO, *Introducción al estudio del acto jurídico familiar*, en J.A. 1956, IV. Sec. Doc., pág. 108, nº 9; LAGOMARSINO, *La promesa de matrimonio*, Bs. As. 1962, nº 25.

ponsales, considerándolos como un mero deber de conciencia, ajeno a toda regulación contractual. Así en Bélgica, Rusia, Argentina, Paraguay.

Sin embargo, en Francia y Bélgica, el derecho vive de muy distinta manera al nuestro por obra de su doctrina y jurisprudencia creadoras. En efecto, en esos derechos nacionales aunque la promesa de matrimonio carece de valor jurídico, en ciertos casos, la ruptura injustificada, mediando culpa o dolo, da lugar a indemnización. Se sanciona de ese modo al autor de un hecho pérfido o desleal y se lo condena a reparar los daños causados, en virtud de los artículos 1382 y 1383 del código civil, que regulan la responsabilidad por hechos ilícitos.

No ha escapado esta jurisprudencia a la crítica de autores de la jerarquía de Géný y Jossérand que han denunciado la contradicción en que se debate por no haber admitido llanamente el valor obligatorio de la promesa matrimonial, ya que si no lo tiene, no se comprende que la inejecución pueda ser nunca generadora de responsabilidad. Y la contradicción aparecería tanto más patente cuanto que los tribunales franceses no aceptan que el prometido abandonado pruebe con testigos la existencia de la promesa sin acreditar, por lo menos, un principio de prueba por escrito. No obstante, fuerza es reconocer el fondo innegable de equidad de estas soluciones y el plausible ingenio puesto en la interpretación de la ley civil para que la justicia no sea burlada. En rigor, los jueces de esos países latinos no condenan el incumplimiento de una promesa considerada como contrato, sino que indemnizan a la víctima de un acto desleal, juzgado como cuasi delito. Por lo tanto, el novio abandonado debe probar, inexcusablemente, el dolo o culpa, como así también el daño material y moral sufrido y su relación de causa a efecto. Desde luego esta acción es más amplia que la emergente de culpa contractual, ya que el perjuicio no está restringido por el art. 1150, ni se da sólo contra el novio, sino aun contra terceros responsables de la ruptura. Los tribunales franceses y belgas toda vez que

haya habido “capricho o ligereza”, “deslealtad o perfidia” han admitido las acciones resarcitorias de esta especie⁽³¹⁾.

b) *Derecho brasileño*

El código brasileño de 1917 debe ser incluido entre los que no legisla sobre esponsales. Empero, en cierto sentido ha recogido normativamente la doctrina y jurisprudencia francesa, pues el art. 1548, inserto en el título VIII, cap. II, libro III, sobre liquidación de obligaciones resultantes de actos ilícitos, dispone: “La mujer agraviada en su honra tiene derecho a exigir del ofensor, si éste no pudiere o no quisiera reparar el mal por medio del casamiento, una dote correspondiente a su condición y estado; 1) si virgen y menor, fue desflorada; 2) si, mujer honesta, fue violentada o intimidada por amenazas; 3) si fue seducida por promesa de casamiento; 4) si fue raptada.”

2. *Legislaciones de tipo restringido*

En el segundo grupo de legislaciones cabe incluir a España, Italia, Portugal, Chile y otros países americanos que han adoptado idénticas soluciones.

a) *Derecho español*

En el código de 1889, arts. 43 y 44, si la promesa se hubiese hecho en instrumento público o privado, por mayor de edad o menor asistido legalmente, o si se hubiesen publicado las proclamas, el que rehusare a casarse, sin justa causa, estará obligado a resarcir a la otra parte los gastos que hubiere hecho por razón del matrimonio prometido. En los casos de resolución o imposibilidad del compromiso esponsalicio, los prometidos han de restituirse lo recibido por donación o en señal de compromiso. En principio, se rechaza el daño moral, aunque algunos autores consideran que es pertinente si ha me-

⁽³¹⁾ PLANIOL, RIPERT y ROUAST, t. 2, pág. 71; MAZEAUD, Parte I^a, vol. 3^o, págs. 92/93.

diado cópula. La acción derivada del incumplimiento prescribe al año a contar desde el día de la negativa a casarse.

Los códigos de Cuba, Costa Rica y Panamá se inspiran en estas mismas disposiciones.

b) *Derecho italiano*

El código civil de 1942, que mantiene y amplía los principios ya consagrados por el código de 1865, dispone en su artículo 79 que la promesa de matrimonio no obliga a contraerlo ni a ejecutar lo que se hubiere convenido para el caso de falta de cumplimiento. El artículo 80 establece que el promitente puede demandar la restitución de los regalos hechos a causa de la promesa de matrimonio, si éste no ha sido contraído. La demanda prescribe al año desde el día en que se ha tenido la negativa de celebrar el matrimonio o desde el día de la muerte de uno de los promitentes. Según el artículo 81 la promesa de matrimonio hecha recíprocamente por acto público o por escritura privada por persona mayor de edad o por el menor autorizado a celebrar matrimonio, o bien resultante de la petición de publicación, obliga al promitente que sin justo motivo se niega a cumplirla a resarcir el daño ocasionado a la otra parte por los gastos hechos y por las obligaciones contraídas a causa de la promesa. El daño es resarcido dentro del límite en que los gastos y las obligaciones correspondan a la condición de las partes. El mismo resarcimiento se debe por el promitente que con la propia culpa ha dado justo motivo al rechazo del otro. La demanda prescribe al año desde el día de la negativa a celebrar el matrimonio.

La ley de reformas al derecho de familia de 1975 ha mantenido las mismas normas.

c) *Derecho portugués*

El código portugués de 1966 destina un capítulo de cinco artículos a los esponsales. Establece que no dan derecho a exigir la celebración del matrimonio, ni a reclamar, en caso

de incumplimiento, otras indemnizaciones que las previstas más adelante (art. 1591). Si el matrimonio no se celebra por incapacidad o retractación de alguno de los prometidos, cada uno de ellos está obligado a restituir los regalos hechos por el otro o por un tercero en virtud de la promesa y con vistas al matrimonio, según las normas sobre nulidad y anulabilidad de los negocios jurídicos. Deben restituirse también las cartas y los retratos personales, pero no las cosas ya consumidas (art. 1592). En caso de muerte de alguno de los prometidos, el sobreviviente puede conservar los regalos hechos por el fallecido, pero en ese caso pierde el derecho a exigir los que él hubiera hecho; también puede retener la correspondencia y los retratos personales del fallecido, y exigir la restitución de los que éste hubiera recibido de él (art. 1593).

Si alguno de los novios rompe la promesa sin justo motivo o si por su culpa da lugar a que el otro se retracte, debe indemnizar al inocente, así como a los padres de éste, o terceros que hayan actuado en nombre de los padres, los gastos hechos y las obligaciones contraídas en previsión del casamiento. Igual indemnización se debe cuando el casamiento no se realiza por incapacidad de alguno de los prometidos, si él o sus representantes hubiesen procedido con dolo. La indemnización es fijada según el prudente arbitrio del tribunal, y para su cálculo debe atenderse no sólo a la medida en la cual los gastos y obligaciones se mostrasen razonables, según las circunstancias del caso y la condición de los contrayentes, sino también a las ventajas que, independientemente del casamiento, unos y otros puedan igualmente proporcionar (art. 1594). La acción de restitución de regalos y la de indemnización prescriben al año desde la fecha de la ruptura de la promesa o de la muerte del promitente (art. 1595).

d) *Derecho chileno*

El código de Chile, en los artículos 98 a 101, dispone que los esponsales constituyen un hecho privado sometido al

honor y conciencia de las personas, sin valor ante la ley civil, de tal modo que la multa prevista para casos de incumplimiento no podría exigirse, pero si voluntariamente se pagara, no podrá demandarse su devolución. Se la asimila a una obligación natural. No impide, además, reclamar la restitución de las cosas donadas bajo condición de matrimonio, si no llegare a realizarse. Y, finalmente, no admite la prueba de los esponsales como circunstancia agravante del delito de seducción.

Los códigos de Uruguay, Colombia, Ecuador y Salvador se inspiran en la misma fuente.

e) *Derecho venezolano*

El código civil de Venezuela de 1942, en los artículos 41, 42 y 43, establece que la promesa no produce obligación legal de contraer matrimonio para el caso de incumplimiento. Pero si constare en las proclamas u otros documentos públicos, quien rehusare celebrarlo sin justa causa, satisfará a la otra los gastos que hubiere hecho por causa del matrimonio prometido. La acción no se admite si no se acompañan los avisos o el documento público, o si han transcurrido dos años desde el día en que pudo exigirse la promesa.

3. *Legislaciones de tipo amplio*

El tipo característico del tercer grupo de legislaciones está constituido por los códigos alemán y suizo que asignan a los esponsales la eficacia de un antecrtrato con serias consecuencias jurídicas para el incumplimiento injustificado. Se ha observado con exactitud evidente que en el siglo XIX el código Napoleón fue el modelo inspirador de las codificaciones posteriores; en el siglo XX ese rol le ha correspondido al código alemán de 1900 al que han seguido la mayoría de las legislaciones en el curso de los últimos treinta años.

a) *Derecho alemán*

En el código alemán, artículos 1297 a 1302, los esponsales no engendran acción para pedir la conclusión del matrimonio, ni puede obtenerse ese efecto mediante cláusula penal. Pero la parte que incumple sin causa importante debe indemnizar al otro prometido. Igual responsabilidad tiene el que da motivo para la resolución del compromiso. La jurisprudencia establece las causas importantes que autorizan la resolución en relación a la esfera social del interesado y las circunstancias del caso, tales como la infidelidad, malos tratos, ofensas de parientes, enfermedad grave, cambio de fortuna, graves defectos de carácter, etc. Además del otro prometido, son titulares de la acción sus padres y las personas que hagan sus veces. También los terceros pueden pedir indemnización por las expensas y obligaciones contraídas durante el tiempo del noviazgo con vistas al matrimonio. En principio, no se indemnizan sino los daños materiales; se exceptúa el caso de la novia intachable que ha permitido la cohabitación, en cuyo supuesto cabe el daño moral. En los demás casos de extinción de los esponsales hay lugar a la restitución de las donaciones en virtud de los principios del enriquecimiento sin causa. Estos derechos prescriben en el plazo de dos años de la extinción de los esponsales.

b) *Derecho suizo*

El código suizo, en los artículos 90 a 95, legisla los esponsales en forma análoga. El prometido culpable de la ruptura debe pagar los gastos hechos con motivo del matrimonio, y, además, una reparación por el daño moral. Autoriza la devolución de los regalos que somete a los principios del enriquecimiento sin causa y fija el plazo de prescripción en un año a contar de la fecha de la ruptura.

c) *Derecho mexicano*

El código de México de 1932, en los artículos 130 a 144, se inspira en las disposiciones de los códigos alemán y suizo. Constituyen esponsales la promesa de futuro matrimonio por escrito y aceptada, que pueden celebrar los varones de 16 años y las mujeres de 14, asistidos por sus representantes legales. El que sin justa causa, a juicio del juez, rehusara cumplir su compromiso o lo difiera indefinidamente, deberá pagar los gastos que el otro hubiere hecho con motivo del matrimonio. Además, aquel que sin justa causa grave falte a su compromiso, debe indemnización, a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida, la publicidad de las relaciones y otras causas semejantes, la ruptura causa un grave daño a la reputación del prometido inocente. La indemnización será fijada por el juez teniendo en cuenta los recursos del culpable y la gravedad del perjuicio del inocente. Asimismo, si el matrimonio no se celebrare los prometidos pueden exigirse la devolución de lo donado. La acción prescribe al año de la negativa injusta o de la resolución del compromiso.

d) *Derecho peruano*

El código civil del Perú, de 1936, en los artículos 75 a 81, reglamenta los esponsales en forma análoga a los anteriores. La promesa de matrimonio mutuamente aceptada constituye los esponsales, siempre que ella conste de manera indubitable. Son válidos los de los menores de edad, si se celebran con el consentimiento de las personas que el código exige para el matrimonio. Los esponsales no producen obligación de contraer matrimonio, ni de ajustarse a lo estipulado para el caso de incumplimiento; pero el rehusar cumplirlos sin justa causa, obliga a resarcir equitativamente a la otra parte los gastos que hubiese hecho de buena fe y los perjuicios sufridos por razón de la

promesa. Igual responsabilidad para el que diere justo motivo a retirarla. Además, cuando el matrimonio deje de celebrarse por culpa exclusivamente imputable a uno de los prometidos, y su no celebración dañe gravemente los derechos inherentes de la personalidad del otro, el juez podrá conceder al inocente una suma de dinero en concepto de reparación personal. Sin embargo, pasará a los herederos si el deudor lo hubiere reconocido, o hubiese sido ya demandado al tiempo de abrirse la sucesión. Si los esponsales se disuelven por causa diversa de la muerte, podrán las partes demandarse la restitución de las cosas que se hubiesen donado, o si fuere imposible, el valor de lo donado. Todas estas acciones prescriben al año de la negativa injusta.

e) *Derecho etíope*

El código civil de Etiopía de 1960, proyectado por el comparativista francés René David, dedica una minuciosa reglamentación a los esponsales en sus arts. 560 a 576, con arreglo a las costumbres del país.

Se definen como el contrato por el cual entre los miembros de dos familias se conviene que tendrá lugar un matrimonio entre dos personas pertenecientes a aquéllas (art. 560). Se reglamenta la representación de la familia para la celebración de los esponsales (arts. 562 a 564). La forma se rige por las costumbres del lugar (art. 567). Los esponsales no se inscriben en el Registro Civil, pero pueden probarse por todos los medios de prueba (art. 569). En cuanto a su duración, si no ha sido convenida una época para la celebración del matrimonio, éste debe celebrarse en un plazo de seis meses desde que el novio, o la novia, o el representante autorizado de su familia haya manifestado la voluntad de verlo celebrado (art. 570). La ruptura se produce cuando el novio, o la novia, u otra persona que haya dado el consentimiento

rehusan consentir el matrimonio, sin una justa causa que legitime el retraso o la negativa o cuando se comportan de una manera que hace imposible el matrimonio, de hecho o moralmente (art. 571). La persona a quien sea imputable la ruptura debe pagar los gastos ocasionados por la promesa de matrimonio y devolver los regalos (art. 572). Al novio o novia no responsable de la ruptura, o a su familia, se le puede conceder una indemnización por el perjuicio moral sufrido, para cuya fijación los jueces tomarán en cuenta las costumbres locales (art. 573). Si hubo cláusula penal el responsable de la ruptura pagará la suma estipulada, aunque ésta puede ser reducida en vista de las circunstancias (art. 574). Todas las acciones han de interponerse en el plazo de un año a contar del día de la ruptura (art. 576).

f) *Derecho inglés y norteamericano*

El primitivo common law no conocía ninguna acción por ruptura de los sponsales. En 1753 una ley prohibió el cumplimiento compulsivo de la promesa matrimonial, aunque desde el siglo XVII se admitió que su quebrantamiento sin motivo diera lugar a la reparación de los perjuicios ocasionados, siempre que el autor de la promesa ya contara con edad requerida para obligarse contractualmente, es decir, 21 años. Parece ser que en Inglaterra fuese muy difícil toda burla prematrimonial en perjuicio de uno u otro novio, pero sobre todo de la mujer. En los casos de incumplimiento, que son numerosos, se actúa ante un juez asistido de un jurado especial. El jurado emite veredicto sobre dos cuestiones: 1) si existe o no promesa y 2) la suma que integra la indemnización. En este último aspecto el jurado es soberano, pero respecto de la primera el juez se reserva la facultad de examinar si las pruebas que el jurado estimó suficientes para declarar la existencia de la promesa son conforme a la ley, transformando mediante

este hábil recurso una cuestión de hecho en otra de derecho. La reparación que el derecho inglés concede en el supuesto de la ruptura injustificada puede tener alcances extraordinarios. No sólo abarca el daño emergente, sino también el lucro cesante, estimándose hasta el daño moral. Por este último concepto se impone una pena ejemplar llamada "exemplary damages".

La legislación de los Estados Unidos de Norte América es similar a la inglesa. Se admite la indemnización de los perjuicios materiales y morales ocasionados sobre la base de la responsabilidad por incumplimiento contractual. Allí son comunes los juicios por indemnización de daños y perjuicios denominados "breach of promise suits". Constituyen una peculiar actividad de las cortes norteamericanas y con frecuencia se los hace objeto de una publicidad escandalosa. Los tribunales, por su parte, se han caracterizado por una extrema amplitud y generosidad en las indemnizaciones, al punto que en algunos Estados como Nueva York, Illinois e Indiana, se han sancionado leyes que prohíben estos juicios. Hoy existe una porfiada controversia que divide al pueblo norteamericano en dos grandes sectores de opinión: uno decididamente favorable a este tipo de litigios por entender que asegura la seriedad de los esponsales, moraliza las costumbres y protege los intereses de las mujeres frente al abuso de los hombres, y otro contrario a su mantenimiento, por reputar que estas acciones han sido usadas como instrumentos de fraude y chantaje, y porque significan el más material de los remedios a la situación más romántica y sentimental.

En los últimos años la tendencia legislativa ha reaccionado por los abusos cometidos, las elevadas sumas concedidas en concepto de indemnización, y la excesiva facilidad con que se acogían las demandas resarcitorias. En doce Estados se han prohibido las acciones por daños y perjuicios derivados de la ruptura de la promesa matrimonial. Spota considera que el

remedio acogido resulta excesivo porque deja sin satisfacer los intereses legítimos que emanan de los esponsales ⁽³²⁾.

7. OPINION DE LOS AUTORES NACIONALES

La doctrina nacional, en su mayoría, se manifiesta contraria a la restricción extrema del código vigente. Machado ⁽³³⁾ afirma que la supresión de la promesa de matrimonio no constituye precisamente un adelanto de nuestra avanzada civilización, porque importa una restricción de la libertad de contratar que no se explica sino asignándole un carácter inmoral que está muy lejos de tener. No concibe porqué no han de pagarse los perjuicios de un incumplimiento, o ejecutarse la pena que se hubiere estipulado. El precepto legal vigente sólo se justifica, a su juicio, tratándose de esponsales entre menores, como se hacían antiguamente. Recuerda el código alemán y apunta que para evitar explotaciones debe impedirse que la sola promesa matrimonial autorice a demandar, armonizándose al precepto con el artículo 1109 que establece la responsabilidad por los hechos ilícitos.

En concepto de Segovia ⁽³⁴⁾, lo mismo que de José M. Guastavino ⁽³⁵⁾, los esponsales en nuestro derecho constituyen una obligación natural; por lo tanto, les son aplicables los artículos 515 inc. 5 y 516 del C. Civil. Y así, en caso de ruptura, pagada una multa estipulada, no podría pedirse su

⁽³²⁾ CAMPOAMOR: nota citada, *La Ley*, t. 16, pág. 43; SPOTA, t. II, vol. 1 (11), n° 53; BELLUSCIO, *Derecho de Familia*, t. I; n° 113 y 114; FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Lu's, *El derecho de familia en la legislación comparada*, México, 1947, pág. 20 y ss.; OLIVA VÉLEZ, Horacio Alberto, *Los juicios por ruptura de esponsales en los EE.UU. de Norte América*, *La Ley*, t. 59, pág. 940. Se trata de un estudio muy provechoso sobre la legislación, doctrina y jurisprudencia de los estados norteamericanos. Su autor no oculta su opinión desfavorable a la admisibilidad de esta especie de litigios.

⁽³³⁾ MACHADO, *Exposición y Comentario del C. Civil Argentino*, 2ª Ed., 1920 t. I pág. 276 y ss.

⁽³⁴⁾ SEGOVIA, *El C. Civil de la R. Argentina, etc.*, 1881, t. 1, pág. 48.

⁽³⁵⁾ GUASTAVINO *Notas al C. Civil*, t. 2, pág. 38.

devolución⁽³⁶⁾. De igual manera la restitución de regalos sería exigible de acuerdo con los principios del pago indebido. Salvat cree que ello es admisible respecto de las verdaderas donaciones, pero no de los simples regalos⁽³⁷⁾.

En cambio, Llerena expresa que Vélez ni siquiera aceptó el criterio del artículo 99 del código chileno, que no admite repetir la multa pagada⁽³⁸⁾. A su entender, el espíritu de nuestras leyes no acepta este orden de relaciones ni siquiera como obligaciones naturales. Podría así pedirse la devolución de lo que se hubiera dado en razón del matrimonio y la estipulación de una pena sería nula por serlo la obligación principal, art. 525, código civil.

Lafaille⁽³⁹⁾ opina que la ley argentina debiera conceder el resarcimiento que siempre reconocieron los cánones y que aceptan casi todos los códigos modernos, criterio compartido por Pavón⁽⁴⁰⁾.

Solamente Prayones⁽⁴¹⁾ alaba sin reservas la doble solución negativa de Vélez, advirtiendo que los argentinos por temperamento separan los intereses pecuniarios de todo lo que afecta a los sentimientos del corazón. Este instituto, a su juicio, no estaría en nuestra índole y menos aún tratándose de simples noviazgos, que se rompen con la devolución de cartas, anillos y regalos, sin que se le ocurra a nadie pedir un puñado de dinero al que se retira, pues el carácter ético del matrimonio no admite como equivalente jurídico la sanción pecuniaria, propia de las relaciones contractuales patrimoniales, pero no de las de orden familiar. Nuestra ley —concluye— no puede ser criticada por la supresión de los esponsales de

(36) Conf. LAGOMARSINO, *La promesa de matrimonio*, Bs. As., 1962, nº 35. En contra SPOTA, *Tratado de derecho civil*, t. II, vol. 1 (11), nº 58 y BELLUSCIO, *Derecho de Familia*, t. I, nº 126, Bs. As., 1974.

(37) SALVAT, *Tratado de Derecho Civil, Familia*, 1949, t. XI, pág. 18.

(38) LLERENA, *Cód. Civil Argentino*, 3ª Ed. 1931, t. I, pág. 372.

(39) LAFAILLE, *Derecho de Familia*, páginas 48 y 50.

(40) PAVÓN, *Tratado de la familia*, t. II, pág. 203.

(41) PRAYONES, *Derecho de Familia*, 1939, pág. 30 y ss.

futuro que no obedecen a ningún fin jurídico ni social, ni pueden ser materia de coerción para el derecho.

Es evidente que Prayones generaliza demasiado. Bien está que la ley civil niegue validez a la promesa de futuro matrimonio, pero ya no es razonable que también prohíba reclamar en justicia la reparación de daños materiales o morales. Son cuestiones distintas. No es tolerable que se invoque el orden afectivo de las relaciones, ni el temperamento de los hombres de esta tierra para cubrir con ello una conducta inmoral y dejarla sin sanción, porque esto contraría los principios del derecho y la equidad y los más elementales conceptos de la ética y de las buenas costumbres que sin duda tiene valor para los sentimientos argentinos.

Rébora es quien ha estudiado entre nosotros este problema con más hondura, exacto enfoque y mayor acopio de antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales (⁴²). Según él, Vélez exageró el concepto moderno, resolviendo negativamente y de una sola vez dos cuestiones diferentes: la obligación de efectuar el matrimonio, que ninguna ley civil contemporánea admite, y la de indemnización en caso de culpa o dolo, aceptada por todas. De ese modo la ley argentina ha cerrado el paso a posibles soluciones de justicia, cuya importancia puede medirse en relación con la necesidad de organizar un sistema jurídico que realice eficazmente la protección de lo moral. En 1926 previó que el Congreso no tardaría en promover la reforma necesaria del texto vigente, pero, lamentablemente, aún no se ha realizado.

Más todavía: juzga que los tribunales nacionales, de igual manera que los jueces franceses y belgas, con las normas de derecho vigente, estarían autorizados a recoger acciones resarcitorias de este tipo. Participamos de su criterio que expone con resuelta firmeza: "La protección del derecho a la castidad y de los elementos morales que se le asocian debe con-

(⁴²) RÉBORA, *Derecho de Familia*, 1932, t. I, págs. 68, 168 y ss; t. II, pág. 13.

siderarse como una doctrina definida. Las leyes y jurisprudencia de Suiza, Alemania, Estados Unidos, Bélgica, Italia, Francia, confirman su existencia. Por eso, en la interpretación de las leyes argentinas ha faltado una orientación clara, de sentido protector, que algún día, alguien, con la autoridad y eficacia necesarias, infundirá a los intérpretes. No faltará a éstos la base indispensable para establecer el verdadero punto de vista, la encontrarán en el sentimiento colectivo, que exige la modificación; en las reglas de la equidad, que imponen la reparación; en los textos de nuestro derecho actual, mucho más abundantes y expresivos que los utilizados para la elaboración del hermoso cuerpo de derecho pretoriano de los tribunales franceses y belgas. Tenemos —concluye Rébora con acierto evidente— por una parte el art. 1109, y por la otra, los arts. 1067, 1068, 1075, 1077, 1081, 1083 y concordantes. Solamente —hay que saber todavía— que la interpretación de estos textos no ha de hacerse con arreglo al edicto de 1770 (nº 21) y al criterio de la mujer-serpiente (nº 19); ha de hacerse en cambio, con el ánimo advertido de la necesidad de una protección eficaz cuya satisfacción se hace más y más imperiosa a medida que las sociedades aumentan en complejidad” (43).

Busso (44), en concordancia con Rébora, piensa que la doctrina de los tribunales franceses puede tener cabida entre nosotros, porque el art. 8 de la ley de matrimonio civil elimina solamente la obligación contractual derivada de los esponsales, sin extinguir la responsabilidad delictual o cuasidelictual respecto de la cual el convenio de esponsales no es fuente directa. Será pues una cuestión de hecho la de apreciar si la conducta del prometido que se niega al ma-

(43) RÉBORA, *ob. cit.*, t. I págs. 185 y ss. Ver nº 114; t. II, págs. 16 y 19 núms. 219 y 222.

D. del Senado. 1918, t. I, pág. 41, proyecto de E. del Valle Ibarucea, art. 33.

C. de Diputados, 1924, t. 5, pág. 497, proyecto de Leopoldo Bard; art. 26.

(44) Busso, *C. Civil Anotado, Familia*, 1945, pág. 37, nros. 25 y 26.

trimonio constituye un acto ilícito. Respecto de los daños que podrá invocar el novio que sufre la ruptura podrán ser materiales o morales. Entre los primeros se contarán los gastos que haya hecho en vista a la boda, y entre los segundos, el agravio que recibe con la ruptura y que es particularmente sensible cuando la realización era inminente y pública, porque hace suponer la existencia de razones ocultas que la maledicencia se encargará de investigar o inventar.

Lagomarsino adhiere a esta tesis de Rébora y Busso y considera que representa la única posibilidad que existe en nuestro derecho de obtener reparación por ruptura de esponsales, pero afirma que es necesario promover la reforma de la legislación, en vistas a la sanción de una ley de esponsales, que considerándolos un contrato de derecho de familia, regule todos sus efectos, pero no solamente los de naturaleza patrimonial, que están lejos de agotar por sí solos el contenido del compromiso matrimonial, sino también los de índole espiritual, por lo cual propicia incluso la reparación del agravio moral cuando haya un grave daño a la personalidad del prometido inocente (45).

Spota, enrolado en la misma corriente, afirma categóricamente: "Debemos, pues, concluir afirmando que dicho art. 8, ley cit. (2393), no prohíbe las acciones indemnizatorias que reconozcan su causa en el dolo o culpa extracontractual, aunque el perjuicio haya sido inferido con motivo o en ocasión de la promesa matrimonial. Esas acciones tienden a la reparación tanto del daño patrimonial como del agravio moral, se trate o no de un delito civil o penal, ya que el acto ilícito culposo impone resarcir también el daño extrapatrimonial".

(45) LAGOMARSINO, *ob. cit.*: nº 29, pág. 58, y nº 43. El autor considera que "robustecer el vínculo esponsacilio dotándolo de seriedad y haciéndolo fuente de diversas consecuencias jurídicas, implica fortalecer la buena fe y evitar el fraude en cuestiones tan delicadas" (pág. 81). Y como corolario de sus ideas, propone un anteproyecto de ley sobre los esponsales, donde aparecen regulados detalladamente.

No obstante, al igual que Lagomarsino, también estima que en la reforma de la ley vigente debe derogarse el art. 8 de la ley de matrimonio civil, acogién dose el instituto de los esponsales, siguiendo el modelo que nos ofrece el moderno derecho comparado, sea las soluciones amplias de los códigos alemán y suizo, y aun de la jurisprudencia francesa, sea la más restringida del código civil italiano (46).

Borda rechaza esta doctrina y coincidiendo con Prayones justifica la solución negativa de nuestro texto legal, y agrega: "Los términos de nuestra ley son muy claros y no permiten dar curso a acción alguna, ni aún so color de dolo del que ha seducido, como se ha pretendido por algunos autores". Aunque admite que "sería justo reconocer un derecho a reclamar la restitución de las donaciones hechas durante el noviazgo como también la reparación de los gastos hechos en vista al matrimonio, siempre que la promesa se probare de modo fehaciente" (47).

Mazzinghi no se pronuncia respecto a la procedencia en el sistema legal vigente de las acciones indemnizatorias fundadas en el dolo o culpa extracontractual de uno de los prometidos, pero cree admisible la modificación del art. 8 en el sentido de reconocer a la novia el derecho a que se repare el daño material cuando media ruptura por parte del novio, o culpa de éste que justifique la ruptura por iniciativa de aquélla. Pero considera, como Borda, que se debe acreditar inequívocamente la promesa formal de matrimonio, y, por cierto los daños directamente resultantes del incumplimiento. En cuanto al daño moral, estima que sería excesivo imponer su indemnización porque daría cabida a frecuentes aventuras judiciales (48).

Por último, Belluscio considera que la acción de daños y perjuicios derivada de la ruptura arbitraria de la promesa de

(46) SPOTA, *ob. cit.*, t. II, vol. 1 (11); nº 57 y nº 60.

(47) BORDA, t. I, nº 64, pág. 71.

(48) MAZZINGHI, *Derecho de Familia*, t. I, nº 72, Bs. As. 1971.

(49) BELLUSCIO, *Derecho de Familia*, t. I, nº 123 y 129.

matrimonio o de la conducta que da lugar a la ruptura por parte del inocente está claramente desechada por la norma legal vigente, aunque considera excesiva la solución de nuestra ley. Estima que debería admitirse la indemnización de los daños materiales provocados por la ruptura dolosa del noviazgo o por la comisión de hechos también dolosos que justifiquen la ruptura de la otra parte, no siendo aconsejable admitir la reparación en caso de simple culpa. Tampoco cree conveniente aceptar el daño moral en este supuesto, porque en el estado actual de la evolución de las costumbres es dudoso que la ruptura de esponsales acarree perjuicio de tal tipo, y porque dado el carácter resarcitorio de la reparación se podría coaccionar sobre la voluntad de los novios para obtener la celebración del matrimonio (⁴⁹).

8. LOS PROYECTOS DE REFORMA

Bibiloni en su Anteproyecto mantuvo la redacción primitiva del art. 8 de la ley de matrimonio civil, sin hacer comentario alguno. Por cierto, es curioso el silencio de quien tanto siguió al código alemán en las reformas que propuso al código vigente (⁵⁰). En cambio, la Comisión Reformadora que elaboró el Proyecto de 1936, en el art. 338 del Proyecto, suprimió la frase última de aquella disposición y solamente estableció: "No habrá acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio". El informe que precede al proyecto anota que suprime toda referencia a la prohibición de reclamar daños y perjuicios derivados de esa causa, dejando que se gobiernen, si fueren procedentes, por los principios generales (⁵¹).

En el seno de la comisión, el Dr. Lafaille, invocando los códigos modernos, dijo que debía establecerse el derecho a in-

(⁵⁰) BIBILONI, *Anteproyecto*, ed. Kraft, Bs. Aires, 1939, t. I, pág. 195, art. 543.

(⁵¹) *Reforma del Código Civil*, 1936, pág. 41; *Observaciones y Actas de la Comisión*, 1938, t. II, pág. 260.

demnización de los daños y perjuicios por la falta de cumplimiento de la promesa de matrimonio a cuya sugestión adhirió el Dr. Tobal, señalando que ello contribuiría a fomentar la buena fe. Por su parte el Dr. Martínez Paz objetó que reglas de esa especie no están de acuerdo con nuestra manera de ser y de pensar, por lo que no convenía incorporarlas a nuestra legislación, a lo cual replicó el Dr. Lafaille que no era menester disponer expresamente en qué casos procede la indemnización, ya que ellos se regirán por los principios generales, proposición que de común acuerdo fue aceptada.

A pesar de estos antecedentes y de la modificación del texto legal en vigor, el profesor cordobés Dr. Cordeiro Alvarez, afirma la inocuidad de la reforma proyectada, porque, a su juicio, no establecida como una obligación emanante de un vínculo contractual, habría que recurrir a las normas sobre hechos ilícitos ⁽⁵²⁾. Y como el art. 864 del proyecto repite las reglas de Bibiloni, en cuya virtud no hay más actos ilícitos que aquellos prohibidos por las leyes, reglamentos municipales u otros dictados por autoridad competente, tampoco habría medio de fundar el derecho a indemnización por la ruptura de esponsales, vínculo no reconocido por la ley en parte alguna del proyecto. Conforme a su articulado opina que la indemnización sólo procedería como cumplimiento de una obligación natural, de acuerdo con el art. 857, inc. 5º que dispone que no podrán repetirse los pagos "realizados para satisfacer deberes morales o de conciencia".

Creo, por mi parte, que Cordeiro Alvarez exagera sus argumentos a tal punto que no los estimo aceptables, pues con los antecedentes expuestos y las normas que el proyecto contiene, no podría desconocerse la obligación de indemnizar de quien por su culpa o dolo ocasiona un daño a otro ⁽⁵³⁾. El fundamento de la responsabilidad por una rup-

⁽⁵²⁾ CORDEIRO ALVAREZ, *Los esponsales en el Derecho Civil contemporáneo*, Bol. Inst. Der. Civil, Córdoba. 1943, Junio, pág. 27.

⁽⁵³⁾ PAVÓN, *ob. cit.*, t. I, pág. 203, nota 364 bis.

tura injusta sería así de índole aquiliana, con lo cual habría necesidad de acreditar el elemento subjetivo del dolo o la culpa como lo entienden la doctrina y la jurisprudencia francesa.

El Dr. Alberto G. Spota elaboró un anteproyecto destinado a completar el art. 338 del Proyecto de la Comisión, el cual fue aprobado por el Instituto Argentino de Estudios Legislativos. Spota regula con adecuada precisión los efectos del incumplimiento de la promesa de matrimonio, si bien aquí la responsabilidad tendría una base contractual como acontece con el código alemán. En efecto, dispone que la promesa de matrimonio debe constar en instrumento público o privado otorgado por persona mayor de edad o por el menor con la venia pertinente, o bien resultar de una ceremonia realizada de conformidad con las costumbres (párrafo 1ro.). Será de ningún valor la cláusula penal estipulada por uno de los prometidos o por un tercero para el caso de incumplimiento de la promesa matrimonial (párrafo 3ro.). En el párrafo 4to. establece que el que rehusa a cumplir su promesa de matrimonio, sin justos motivos, o difiera indefinidamente su cumplimiento, debe pagar a la otra parte una indemnización equitativa por los gastos que esta última ha hecho de buena fe en vistas al matrimonio. También estará obligado, para con el otro prometido, a reparar el perjuicio que resulte a éste de lo que en previsión del matrimonio haya dispuesto respecto de sus bienes o de sus medios de existencia, en la medida en que sean razonables estas disposiciones, con arreglo a las circunstancias, y a la condición y recursos de las partes. El mismo resarcimiento corresponde al prometido que rehusa con justo motivo cumplir la promesa de matrimonio, en virtud de una culpa imputable a la otra parte. En el párrafo 5to. prevé a título de reparación del daño moral, una indemnización en dinero, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas se-

mejantes, la ruptura de los esponsales causa un grave daño a la reputación del prometido inocente. La acción que corresponde a este último no puede cederse; pasa a los herederos si ha sido reconocido el derecho del prometido inocente o si éste ya había deducido la acción resarcitoria antes de la apertura de la sucesión. El párrafo 6to. dispone que la ruptura de esponsales da derecho a los prometidos a reclamarse los presentes o donaciones que se hubieran hecho, rigiendo los principios regulatorios del enriquecimiento sin causa. Si la ruptura se produce por causa de muerte de uno de los prometidos, en caso de duda se presume que no debe efectuarse la restitución. Las acciones otorgadas en los tres párrafos precedentes prescriben al año de verificarse la ruptura de los esponsales (⁵⁴).

El Anteproyecto de Código Civil de 1954 regula también en forma más previsora el instituto de los esponsales estableciendo las consecuencias de su incumplimiento, con lo que afianzó la corriente innovadora manifestada en nuestra doctrina. El art. 411 dispone: "No habrá acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio, pero el incumplimiento doloso conforme a las circunstancias del caso que apreciarán prudentemente los jueces, dará lugar a la reparación del daño moral y material sufrido por el novio o novia inocente".

"Se reputa, hasta prueba en contrario, que concurren a calificar el injustificado rompimiento de la promesa matrimonial, la duración excesiva del noviazgo, la pública intimidad de los prometidos o la proximidad del casamiento".

Más detallada es aún la regulación de los esponsales en el Anteproyecto de De Gasperi de 1964, para el Paraguay, fundado principalmente en los arts. 92, 93, 94 y 95 del Código Civil Suizo. En su art. 137 establece que la promesa de ma-

(⁵⁴) SPOTA, *Tratado de Der. Civil*, t. I, v. 2 pág. 720 y el texto de su anteproyecto en t. II, vol. 1 (II), págs. 414/418; *Estudios Legislativos. Proyecto de Reforma de C. Civil*, Libro II, actas de la Sec. de D. Civil, Bs. As., 1946, pág. 39 y ss.

rimonio no obliga a contraerlo. El 138 dispone que cuando sin justa causa rompen los novios su compromiso o cuando lo rompe uno o el otro por una causa imputable a uno de ellos, deberá la parte culpable a la otra una indemnización equitativa por los gastos hechos de buena fe con miras al matrimonio dentro de los límites que correspondan a la condición de las partes. En la nota a este artículo el autor sostiene con innegable razón que “una cosa es que los esponsales no confieran acción para exigir su cumplimiento, y cosa muy distinta que al favor de una promesa de honor pueda ocasionarse impunemente un daño patrimonial a otro, cuando el principio fundamental es que todo daño debe ser reparado, sin excepción alguna”, y cita en su apoyo la doctrina sustentada por Rébora. Agrega más adelante que “la conciencia jurídica americana ha evolucionado en esta materia hacia la afirmación de la responsabilidad del novio culpable por los gastos que su prometida ha hecho de buena fe y los perjuicios que hubiera sufrido por razón de la promesa de matrimonio que él ha roto sin justa causa”, invocando al respecto el art. 78 del Cód. Civil del Perú y el art. 1548 del Cód. Brasileño.

El art. 139 agrega que cuando la ruptura del compromiso perjudicare gravemente el interés personal de un novio sin culpa de su parte, el juez podrá conceder al inocente una suma de dinero en concepto de reparación moral si la otra parte es culpable del hecho. Esta pretensión es incesible. Mas si el deudor la hubiera reconocido o hubiere sido ya demandado al tiempo de abrirse la sucesión de la otra parte, pasará a sus herederos. Por último, el art. 140 establece que los prometidos pueden en caso de ruptura demandar la restitución de los regalos que se han hecho en consideración a la promesa de matrimonio. Si los regalos no existieren en especie, la restitución se hará como en materia de enriquecimiento ilegítimo. Si la ruptura ha sido causada por la muerte, no habrá lugar a repetición. La acción derivada de los esponsales se prescribe al año computado desde el día de la ruptura de la promesa de casamiento.

Lagomarsino, por su parte, propone un anteproyecto de ley sobre esponsales, en el cual se prevé que deben constar de manera indubitable, y pueden ser probados por cualquier medio; pero faltando principio de prueba por escrito será menester acreditar la posesión de estado prematrimonial. Los jueces apreciarán con rigor las pruebas ofrecidas (arts. 1 y 2). Pueden celebrar esponsales todos los que pueden contraer entre sí matrimonio, no rigiendo las prohibiciones de los arts. 12 y 93 de la L.M.C. (art. 3), siendo nulos los esponsales contraídos por personas que no pueden celebrar entre sí matrimonio (art. 4). El art. 5 dispone que el que sin causa grave rehusare cumplir su promesa de matrimonio o difiriera su cumplimiento indefinidamente, pagará los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado. En la misma responsabilidad incurrirá el prometido que diere justo motivo para el rompimiento. Tanto uno como otro abonarán también una indemnización a título de reparación del daño moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, cause un grave daño a la personalidad del prometido inocente.

Y el art. 6 dispone que los bienes donados con motivo del futuro matrimonio deberán ser restituidos en casos de ruptura de esponsales, quedando exceptuados los meros presentes de uso. No habrá derecho a exigir ninguna restitución si la disolución se produjere por muerte de uno de los prometidos. Las acciones derivadas de los arts. 5 y 6 prescriben a los seis meses, contados a partir de la ruptura (art. 7). Por último, el art. 8 dispone que los hijos habidos de padres que entre sí hayan celebrado esponsales, podrán ser legitimados por sentencia judicial a pedido de uno o ambos prometidos, o del hijo cuando llegue a la mayoría de edad (55).

(55) LAGOMARSINO, *ob. cit.*, págs. 86/88.

9. LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES Y LA REPARACION DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

Un texto tan rotundo como el de Vélez explica que no se hayan ventilado causas de este género en nuestros tribunales, por lo demás, tan comunes en otros países, sobre todo en los anglosajones. Sin embargo, recientemente la Cámara Civil, Sala C, de la Capital Federal, juzgó un caso que bien pudo tener otra solución más en consonancia con la equidad y con claros principios de nuestra ley civil⁽⁵⁶⁾.

El caso es el siguiente: Una joven ingresó a una empresa comercial donde trabó relaciones con el contador, quien, afirmaba ser soltero y así figuraba en el personal. Este empezó a cortejarla y pidió su mano a los padres. Después de dos años de público noviazgo fijóse el 17 de febrero de 1949 la fecha para el casamiento. A mediados de enero de ese año concurrieron a la iglesia para precisar los detalles de la ceremonia y el 21 del mismo mes concurrieron juntos, con los testigos, para levantar el acta para las amonestaciones. En la víspera de la boda la novia recibió una carta del prometido en la cual le expresaba en forma confusa que no podrían casarse. El motivo de su actitud lo conoció más tarde: su novio era casado y tenía tres hijos. La mujer de tal modo burlada, en su demanda por indemnización de daños y perjuicios, expresaba que su novio la hizo renunciar al puesto que desempeñaba con un sueldo mensual de 225 pesos y, además, con motivo de la frustrada boda había efectuado muchos gastos para el ajuar con dinero de su peculio y del de sus padres, por lo cual estimaba los daños materiales en la suma de cinco mil pesos, cuya acción fundaba en el art. 1893 del C. Civil, que dispone: "La incitación o el consejo, en el interés exclusivo de aquél a quien se da, no produce obligación alguna, sino cuando se ha hecho de mala fe, y en este caso el que ha incitado o dado consejo debe satisfacer los daños y perjuicios".

(⁵⁶) *La Ley*, t. 65, pág. 199.

El juez Dr. Lozada Echenique no halló mérito para admitir la acción fundada en el art. 1893, del Código civil, “no obstante la incalificable conducta moral del demandado para con la actora”. A su vez, el señor Vocal Dr. Chute, en su voto, al cual adhieren los doctores Alsina y Coronas, afirma que con la categórica prueba testimonial y documental rendida por la novia engañada probó todos los extremos de su demanda. Y aún cuando reconoce que el demandado “burló despiadadamente a su prometida ocultándole su verdadero estado civil hasta el día antes del fijado para la boda”, el tribunal, en virtud del art. 8 de la ley de matrimonio civil, desestima la reclamación, a pesar que con ello —declara— “se sancione una verdadera injusticia”.

“Yo estoy —decía el Dr. Chute— con la interpretación que fluye sin esfuerzo del artículo en discusión, vale decir, por la negativa de la acción resarcitoria. Bien sé que la solución de nuestra ley no es justa, por cuanto la promesa, sin atacar la libertad del matrimonio, puede crear situaciones que merecen la contemplación del ordenamiento jurídico, y que se aparta de la orientación seguida al respecto por algunos códigos modernos, entre ellos, el alemán, el suizo, el brasileño, el peruano, la ley sueca del 11 de junio de 1920, etc., pero creo, como dije al compulsar los antecedentes que sirvieron de guía a nuestro codificador, que la acción de daños y perjuicios no tiene cabida en nuestra ley cuando la promesa del matrimonio deja de cumplirse, cualquiera sea el motivo invocado para ello”.

“Pienso —concluía el mismo magistrado— que el precepto legal que nos rige debe ser modificado armonizándolo con los principios generales del código civil que acuerdan reparación contra todo aquel que ocasiona un daño, vale decir, con el art. 1109. No implica ello admitir, desde luego, que la violación de toda promesa de matrimonio dé acción para demandar. El ejercicio de ese derecho ha de quedar supeditado a las circunstancias de cada caso y su reconocimiento al prudente

te arbitrio de los jueces. Ello impedirá abrir las puertas al abuso y que queden sin condigna sanción actitudes tan inmorales y reprochables como la que se ha puesto de manifiesto en este expediente”.

Lástima que los jueces olvidaran la aleccionadora y firme orientación preconizada por Rébora y seguida por Busso, Lagomarsino, Spota y nosotros, extraída de sustanciales principios jurídicos concretados en normas positivas de nuestro código civil. La equidad, al decir de Marcadé, siempre es un principio de derecho, y si se reconoce que el art. 1893 no legisla propiamente sobre el mandato, la mala fe evidente con que el demandado había procedido exigía de todos modos una justa reparación por los daños ocasionados, sobre todo si como antes señalé, el art. 8 de la ley de matrimonio civil rechaza la obligación contractual derivada de los esponsales, pero no extingue la responsabilidad delictual o cuasidelictual, en cuyo caso no serían aquéllos la fuente directa de la acción.

10. LA RUPTURA DE LA PROMESA MATRIMONIAL Y LA DEVOLUCION DE LOS REGALOS EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA

a) *La cuestión*

El incumplimiento de la promesa de matrimonio suscita otras disputas de índole patrimonial, además de la referida a los daños y perjuicios ocasionados por la ruptura. Es así que con posterioridad al fallo de la Cámara Civil de la Capital, Sala C (*La Ley*, t. 65, p. 199), comentado en el párrafo anterior, se han producido otras decisiones de los tribunales no ya en acciones resarcitorias por promesa incumplida, sino por restitución de los regalos hechos entre los novios en virtud de haberse frustrado el futuro matrimonio. Estas sentencias han dado lugar a que el tema se enriqueciera con el nuevo

y valioso aporte de eruditos y meditados estudios sobre la materia.

El caso se plantea cuando rota la promesa matrimonial, uno de los prometidos reclama al otro la restitución de las donaciones que le hiciera durante el noviazgo. No exige la celebración del matrimonio ni pretende la reparación de los perjuicios derivados de la ruptura, sino la restitución de bienes entregados gratuitamente durante el período de noviazgo. La situación pues, no está contemplada en el art. 8 de la ley de matrimonio civil, pero hay acuerdo general en que procede la restitución en estos casos. Las discrepancias sobrevienen cuando se estudian los fundamentos de la obligación restitutoria derivada del rompimiento de los esponsales.

b) *Antecedentes doctrinarios*

El problema se insinuó ya entre nuestros primeros autores. Segovia entendió que la restitución de regalos existentes, en caso de que el matrimonio no se celebre, puede exigirse como pago indebido⁽⁵⁷⁾. Llerena afirmaba que “no permitir la acción por devolución sería, por otra parte, contrario al principio de que nadie debe enriquecerse a costa de otro”⁽⁵⁸⁾. Machado opinó que si alguna cosa se hubiere entregado por razón del matrimonio convenido en los esponsales, corresponde la acción civil para reclamarla, aunque no aclara cuál sería el fundamento de tal acción⁽⁵⁹⁾.

Salvat distinguió entre las “verdaderas donaciones” y los “simples regalos” inspirados por un sentimiento de afecto, considerando que las primeras deben ser restituidas porque serían pagos sin causa regidos por el art. 793 Cód. Civil; no

(57) SEGOVIA, *El Código Civil Argentino Anotado*, Bs. As., 1894, pág. 22, nota 95.

(58) LLERENA, t. I, pág. 374.

(59) MACHADO, t. I, pág. 277.

así los segundos, a los que sería aplicable el art. 8 L. M. Civil (60).

Fassi y Petriella, en su comentario al Código Civil italiano distinguieron también entre las donaciones por causa de matrimonio y los regalos de uso. Las primeras quedan sin efecto si el matrimonio no se realiza (arts. 1238 y 1240, Cód. Civ. Argentino), y respecto a los segundos, ningún texto autoriza a reclamar su devolución (61).

Lagomarsino en su ilustrada monografía ya citada, hace también la distinción entre los meros presentes de uso y los bienes donados por causa de matrimonio. Encuadrarán dentro del primer tipo los regalos que acostumbra hacerse los novios para su cumpleaños o su onomástico, y dentro del segundo, los bienes donados teniendo en cuenta el próximo enlace. Los primeros quedan irrevocablemente aceptados, pasan a ser de propiedad del otro prometido y no se puede exigir su devolución. Respecto a las donaciones, corresponde aplicar el art. 1240, según el cual podrán revocarse si el matrimonio no llegase a celebrarse (62).

Spota afirma que una vez sobrevinida la ruptura o extinción de los esponsales, desaparece la causa de las donaciones efectuadas en consideración o por causa del futuro matrimonio, ya sea que se trate de donaciones entre los prometidos o donaciones que un tercero efectúa a uno de los contrayentes de la promesa matrimonial, porque nuestra ley declara revocables las donaciones efectuadas por causa de matrimonio si éste no se celebra (arts. 1238 y 1240). El alcance de estas disposiciones estaría restringido a los casos en que haya mediado convención prenupcial y se trate de la donación del esposo a la esposa, en virtud de lo dispuesto en el art. 1217, inc. 3º. No obstante, las donaciones recibidas por la mujer por razón de matrimonio y fuera de las convenciones matrimoniales,

(60) SALVAT, *Der. de familia*, Bs. As., 1949, pág. 18, nº 28.

(61) FASSI y PETRIELLA, *Cód. Civil Italiano con notas para el estudio argentino*, Bs. As., 1960, Libro I, pág. 81.

(62) LAGOMARSINO, *ob. cit.*, nº 34.

también llevan la condición implícita de si el matrimonio se celebrare o se hubiere celebrado, por disposición del art. 1248. Y considera que la solución contenida en estas normas debe aplicarse no sólo para el supuesto de las donaciones que se hayan hecho a la novia, sino también si se trata de donaciones hechas al novio. Por último, señala que la restitución también comprende los regalos de uso, en cuanto éstos no reconozcan su causa en una precedente relación de amistad o parentesco anterior a los esponsales o sean testimonios de buena amistad y resulten así independientes de estos últimos (⁶³).

c) *Los casos jurisprudenciales y la opinión de los autores*

Tal era el estado de la doctrina, cuando la Cámara Nacional Civil Sala F resolvió el 22-3-73 la causa "Mariscal c/ Rubio y otro" (⁶⁴). En este juicio el actor demandaba a su ex novia la restitución de un proyector, un reloj, la alianza y un anillo de brillantes que le había regalado durante el noviazgo, y al padre de ésta le reclamaba el reintegro de las sumas invertidas en añadir detalles de lujo en el departamento en construcción que habría de ser el hogar conyugal y que pertenecía al futuro suegro. El allanamiento de los demandados a la restitución del proyector y la alianza, dejó subsistente el problema respecto a las demás pretensiones. El fallo de primera instancia hace lugar a la restitución del solitario de brillantes, pero no del reloj, y rechaza el pedido de reintegro de las sumas invertidas en el departamento por considerar que no estaba probada la propiedad del mismo.

El Juez Dr. Igarzabal recoge la distinción de Lagomarsino entre los simples presentes de uso y los bienes donados teniendo en cuenta el futuro matrimonio. Los primeros quedarían irrevocablemente adquiridos por el donatario, mientras que para los segundos existe la posibilidad de exigir su

(⁶³) SPOTA, t. II, vol. I (11), n° 59.

(⁶⁴) J. A., 1973, 20, pág. 375.

restitución. El anillo de brillantes por su origen (era de la abuela del actor) y valor patrimonial y afectivo excede la noción de "presente de uso", y es tradición y costumbre que su entrega sella una promesa matrimonial y queda condicionada a la celebración del matrimonio. Si éste no se celebra, procede su restitución. No engloba dentro del mismo concepto (donación por causa de matrimonio) al reloj Rolex, ya que fue regalado para el cumpleaños de la demandada y el novio estaba en condiciones de efectuar esa erogación, por lo tanto, aunque el regalo sea económicamente valioso, será siempre un presente de uso, tanto por la oportunidad de su entrega como por la solvencia económica del novio que le permitió efectuar ese gasto, y por esta razón ha sido adquirido irrevocablemente por la demandada. En cuanto al reclamo por las mejoras efectuadas por el ex novio en el departamento, lo rechaza considerando que no estaba probada la propiedad del mismo.

Se consintió lo resuelto respecto al reloj, pero se llevaron a la alzada las otras dos cuestiones.

La Cámara estimó justa la restitución del anillo y fundó su decisión fundamentalmente en la costumbre según la cual el regalo de la alianza y del anillo que la acompaña queda condicionado a la celebración del matrimonio, de tal forma que en caso de ruptura del compromiso la novia devuelve ambas alhajas. Respecto a las mejoras, no obstante que el ex novio no probó la propiedad del departamento en que iban a vivir cuando se casaran, el codemandado y padre de la demandada, había admitido que los novios vivirían gratis en él y que oportunamente lo recibirían de regalo, por lo cual, el tribunal consideró que las mejoras introducidas por el actor habían beneficiado al padre de la novia y que existiría un enriquecimiento sin causa a su favor. Modifica, en consecuencia, la sentencia, admitiendo el reintegro del importe gastado por el actor en mejorar el departamento que iba a ser el hogar conyugal.

Belluscio comenta el fallo, y luego de referirse a la doctrina nacional y a las soluciones de los derechos francés, belga e italiano, entiende que no es admisible la pretendida distinción entre “presentes de uso” y las donaciones, pues entre ambos no hay ninguna diferencia esencial, ya que si las donaciones son de bienes muebles pueden ser manuales (art. 1815), y cualquiera sea su valor o causa, quedan comprendidos en la definición del art. 1789. Por lo cual, siempre que la donación, regalo o presente tenga por causa el matrimonio futuro, la ruptura de la promesa de matrimonio debe dar lugar a la restitución de la cosa donada. Es así no sólo cuando la donación fue hecha en relación directa con el futuro matrimonio —vivienda, objetos del hogar, etc.— sino también cuando tiene por causa la relación prematrimonial, pues rota ésta desaparece la causa final del contrato de donación. Se trataría de actos viciados de nulidad relativa por falta de causa o error sobre la causa.

En suma, aunque estima correcta la decisión, conceptúa que no se justificaba acudir al derecho consuetudinario, por cuanto eran de aplicación analógica los arts. 1238, 1240 y 1248, sin excluir la nulidad relativa de los arts. 926 y 1045 C.C., argumento utilizado, según lo recuerda, por la doctrina francesa y belga (⁶⁵).

En cambio, Santiago C. Fassi, quien también ha comentado este fallo (⁶⁶), no sólo se manifiesta de acuerdo con la sentencia, sino asimismo con el fundamento basado en la distinción entre las donaciones por causa de matrimonio y los regalos de uso. Las primeras quedan sin efecto si el matrimonio no se celebra, y respecto a los segundos no hay ningún texto que autorice su reclamo. Y así justifica la condena a restituir el solitario por tratarse de una donación con vistas al matrimonio, y el rechazo de la pretensión del reloj Rolex por entender que fue un presente de uso. Reitera así su opinión

(⁶⁵) J. A. 1973, 20, págs. 378 y sgtes.

(⁶⁶) *La Ley*, t. 151, pág. 98.

manifestada años atrás al comentar con Petriella el código civil italiano. Coincide también con la doctrina del fallo que admite todo género de prueba, ya que se ha dado por suficiente la de presunciones. Presunción de que se regala en miras al futuro matrimonio si lo que se entrega es un anillo en la ocasión de cambiarse las alianzas.

En lo que respecta al reintegro del valor de las mejoras efectuadas por el novio en el departamento destinado al hogar conyugal, admite que el fundamento de tal reintegro se encuentra en el enriquecimiento sin causa, pero en ese caso la demanda hubo de prosperar no en la medida de lo gastado por el actor, sino del enriquecimiento del demandado, y hasta la medida del empobrecimiento del ex novio, coincidiendo así con la fundada crítica de Belluscio, quien la extendió a la negativa injustificada de adecuar el monto de la condena a la depreciación monetaria hasta el momento en que la sentencia se dictó ⁽⁶⁷⁾.

En otro caso análogo, el novio había adquirido de su peculio durante el noviazgo diversos bienes muebles para ser usados cuando contrajeran matrimonio, los que guardó en casa de su novia. Rota esas relaciones le solicitó la devolución de los efectos en su poder, a lo que la ex novia se negó. Formuló denuncia policial por retención indebida de muebles, pero el juez instructor consideró que no mediaba conducta dolosa de la denunciada y ordenó el archivo de las actuaciones. Promovida la demanda civil por restitución de los bienes muebles, la Cámara Civil y Comercial de Rosario, Sala Segunda, por resolución del 4-9-72 ⁽⁶⁸⁾, entendió de acuerdo al voto del Dr. Musso que esa decisión del Juez de Instrucción no constituía cosa juzgada para el debate sobre el dominio de los muebles y confirmó la sentencia del inferior que hacía lugar a la demanda civil, porque, a juicio del tri-

⁽⁶⁷⁾ *La Ley*, t. 151, págs. 99 y sgtes.

⁽⁶⁸⁾ *Juris*, t. 41, pág. 177 y sgtes.

bunal y de acuerdo a nuestras costumbres, acreditado el noviazgo y la compra por el novio de muebles para el hogar, su entrega a la novia con miras al futuro matrimonio y como prueba de la seriedad de sus propósitos, ha de estimarse no a título de donación sino de depósito. Así ocurrió en el caso de autos en el que el novio adquirió y entregó a la novia el juego de dormitorio, cocina, heladera, juego de comedor, batería de cocina, etc., o sea todos muebles con el destino específico de instalar un hogar. Roto, pues, el noviazgo, sin que interese por culpa de quién, dichos muebles deben devolverse al novio que los adquiriera, a diferencia de lo que ocurriría si se tratara de meros artículos de uso personal que pudieran calificarse de obsequios a la novia. El Dr. Gardella completando los fundamentos dados por el Dr. Musso, agrega que la índole de los objetos que motivan el pleito, autoriza a concluir, dentro del marco de nuestras costumbres, que no hubo un prendimiento actual e irrevocable de dichos bienes en favor de la novia, por lo tanto no se da el requisito de la tradición verdadera que el art. 1816 exige para las donaciones manuales. Y agrega que si bien los arts. 1817 in fine y 2201 exigen al que alega el depósito la prueba de ese contrato, sería absurdo imponer la prueba escrita que prescribe el art. 2201 cuando media entre las partes, reconocidamente, un largo noviazgo. Y concluye: al margen del pleito, incluso de existir una verdadera donación por el novio a la novia estaría por verse si ella subsiste después de la ruptura o si caería por virtud de la condición tácita "si nuptiae sequantur" (arg. art. 1240).

Guastavino coincide con la doctrina sentada por este fallo (⁶⁹), y sostiene que para analizar la cuestión de los bienes entregados durante el noviazgo cuando el matrimonio proyectado no se realiza, conviene distinguir los casos según la índole y destino de los objetos por las presunciones sobre la causa de su entrega que razonablemente generan. Así distin-

(⁶⁹) J. A. Doctrina 1974, pág. 267 y sgtes.

gue entre los bienes de uso común y los bienes de uso personal (regalos de costumbres, alhajas, y demás similares). Por bienes de uso común entiende los que componen el mobiliario del futuro hogar, artefactos de uso doméstico, etc. Por su naturaleza y en la generalidad de los casos, los bienes para uso común adquiridos por un futuro esposo son entregados a la novia para su guarda, surgiendo una relación de depósito y no de donación, por la cual la depositaria o depositario quedan obligados a restituir la misma e idéntica cosa (art. 2182). Las costumbres de la población, agrega, indican que las adquisiciones del novio en el período prenupcial para instalar el futuro hogar conyugal no son entregadas con desprendimiento actual e irrevocable, o sea como donación a la futura esposa, sino que se adquieren para un futuro uso compartido y a medida que las posibilidades económicas lo permitan, y son entregadas a la novia, entre otras razones, en prueba de la seriedad de sus propósitos. La relación de depósito se puede demostrar por cualquier medio de prueba.

Respecto a los bienes para uso personal de quien los recibe (regalos de costumbres, alhajas, etc.), entregados por uno de los prometidos al otro durante el noviazgo, teniendo en cuenta las costumbres de la población, es fundado suponer que fueron entregados a título de donación. Y si el matrimonio no se celebra, las donaciones caducan por aplicación de la condición implícita "si nuptiae sequantur" que funciona como condición resolutoria, consagrada por los arts. 1240 y 1248.

Recientemente la Cámara Nacional Civil Sala A por sentencia del 26-5-78 (*La Ley*, diario del 21-6-78, sec. crónica judicial), rechazó una demanda promovida por el ex novio que pretendía la restitución de bienes que había adquirido para el futuro hogar conyugal y que se hallaban bajo la guarda de la ex novia. El rechazo de tal pretensión se fundó en que el actor no logró probar la adquisición de dichos bienes, aunque en los considerandos de su voto el Dr. Escuti Pizarro afirmó coincidir con el Dr. Elías P. Guastavino en cuanto

considera que cuando uno de los novios adquiere un objeto para destinarlo a un futuro uso común y lo entrega al otro para su conservación, se genera una relación de depósito, quedando el depositario obligado a restituir la misma e idéntica cosa (art. 2182), en caso de que el matrimonio no se lleve a cabo.

Otro caso similar resolvió la Cámara Primera de Bahía Blanca el 28-12-73 (⁷⁰). También aquí el ex novio, luego de una fracasada denuncia penal por "apropiación indebida", promovió una demanda civil "reivindicatoria" de diversos bienes muebles adquiridos durante la relación prematrimonial para destinarlos al futuro hogar conyugal, y que había entregado a la prometida. Se trataba de una heladera, un lavarropas, un ventilador de pie, batería de cocina y enceradora, o sea bienes que por su naturaleza son de uso común. El Vocal Dr. Louge luego de hacer mérito de los antecedentes y la contribución doctrinaria, en particular de los citados trabajos de Belluscio y Guastavino, se inclina por la tesis sustentada por Belluscio, que adopta la doctrina clásica, y que ve una donación en los regalos que el novio hace a su prometida con motivo de su futuro matrimonio, aun cuando se trate de bienes destinados a un futuro uso compartido. Se trata de una donación revocable porque tiene impresa la condición implícita y resolutoria de "si el matrimonio se celebra". No existe propiamente "reivindicación" de cosas muebles, puesto que se trata de una acción personal y aquella restitución deviene del cumplimiento de la condición resolutoria. El Dr. Sellarés adhirió a este voto. El Vocal Dr. Pliner, por su parte, da un fundamento distinto a la obligación restitutoria de regalos derivada de la ruptura de esponsales. Luego de referirse a las opiniones doctrinarias y de pasar revista a las soluciones del derecho comparado, alude a un "fondo común legislativo" sobre la materia que respalda sólidamente el criterio que obliga a restituir los regalos prematrimoniales. Pero coincidentemente

(⁷⁰) J. A., 1974-24, pág. 465.

con el código alemán, entiende que la obligación de restituir no se funda en las reglas de la donación condicionada, sino que nace de la ausencia de causa de la entrega de los objetos que motivan este pleito. En efecto: si el matrimonio no se celebró, la novia quedó despojada de todo título para retener los objetos recibidos, y la dación de esos bienes, que tenía por causa el matrimonio proyectado, queda sin causa jurídica que lo legitime. La cuestión tiene engarce con lo dispuesto en el art. 793 C.C.; desde que la entrega de cosas ahora reclamadas se hizo en razón de una causa futura que no se ha realizado. Si la demandada quedase propietaria de los dones de su novio, que estaban destinados al futuro hogar conyugal, y ese hogar no alcanza a constituirse, se enriquecería indebidamente a expensas del actor, quien se vería empobrecido en cuanto adquirió esos bienes con dinero suyo, en la medida del beneficio injusto de la demandada. Se reúnen los requisitos de la doctrina recibida y universal que fundan la acción in rem verso, esto es: a) un enriquecimiento para una de las partes; y b) un paralelo empobrecimiento de la otra en virtud de una conexión causal entre ambos fenómenos, pero sin causa jurídica del enriquecimiento.

Zannoni comenta este meditado fallo y concuerda con los fundamentos desarrollados con justeza y profundidad por el Dr. Pliner. Considera que no puede aceptarse la tesis del depósito sostenida por Guastavino y el fallo de la Cámara Civil y Comercial Sala Segunda de Rosario (citado en nota 68) porque si el novio entrega a la novia algunos de esos bienes para uso común e incluso si le donara un inmueble para destinarlo a la futura residencia conyugal, no lo hace con intención de que tales bienes le sean restituidos (art. 2182) ni de transformar en guardador al receptor de los mismos. Que ellos deban ser restituidos si el noviazgo se frustra no significa que en el acto de la donación, el animus donandi no sea perceptible claramente. Pero si bien afirma que la entrega de esos bienes siempre es a título de donación, estima que no todas

las donaciones que se efectúan los prometidos durante el noviazgo están sujetas a la condición de si el matrimonio se celebra (“Si nuptiae sequantur”). Los artículos 1238 y 1240 que regulan las donaciones del novio a la novia, y el artículo 1248 que alude a las donaciones de un tercero a la novia, y que en todos los casos establecen la condición “si nuptiae sequantur”, se refieren a las donaciones efectuadas en las convenciones prematrimoniales, por lo tanto la condición resolutoria de si el matrimonio se celebra funciona sólo en el contexto de las convenciones prematrimoniales. En las donaciones comunes, fuera de las convenciones, la celebración del matrimonio entre donante y donatario no trasciende como elemento esencial de la liberalidad ni como condición de su eficacia. No obstante, sostiene, la ruptura de la promesa matrimonial afecta a las donaciones efectuadas entre prometidos fuera de las convenciones prematrimoniales en cuanto hace desaparecer el título que permite al donatario retener legítimamente los objetos donados, y ello independientemente de su valor. Roto el compromiso desaparece la causa que medió en la entrega de los objetos donados por uno de los prometidos al otro y si el donatario pretende retenerlos a título de propietario definitivo estaría consumando un verdadero enriquecimiento sin causa a su favor todo lo cual justifica la obligación de restituir dichos bienes que pesa sobre el donatario. De donde concluye que los esponsales a pesar de la preceptiva del art. 8 L.M.C., constituyen fuente de relaciones jurídicas no regladas legalmente (art. 17 C.C.), regidas por la costumbre como creadoras de derecho (71).

d) *Nuestra opinión. Bienes para uso común, bienes para uso personal*

Compulsando las diversas doctrinas expuestas, observamos que aunque nos inclinemos por una de ellas para resolver

(71) J. A., 1974-24. págs. 468 y sgtes.

una cuestión concreta, las demás no merecen un repudio generalizado y sin examen, pues todo dependerá de la prueba y de las propias circunstancias del caso.

Para establecer el fundamento de la obligación restitutoria de los bienes entregados durante el noviazgo, nos parece acertada la distinción que efectúa Guastavino de acuerdo a la índole y destino de los bienes.

Si se trata de bienes que se destinarán a un uso compartido en el futuro hogar conyugal, como los artefactos electrodomésticos, juego de comedor, batería de cocina, etc., o sea aquellos que Guastavino caracteriza como bienes para uso común, incluso si se tratara de la donación a la prometida del inmueble que utilizarán como residencia conyugal, su restitución al novio o a la novia que los adquirió corresponderá siempre, tanto si hubiera existido un desprendimiento actual e irrevocable de los bienes, revistiendo las características de una verdadera donación al futuro cónyuge, o si sólo hubieran sido entregados para su guarda, generándose una relación de depósito. No se puede presumir que siempre habrá depósito, ni tampoco es exacto afirmar que en el acto de la entrega de los bienes para uso común necesariamente siempre existirá *animus donandi*. En la realidad de los hechos se puede dar una u otra situación, y determinar si ha existido donación o depósito es una cuestión de hecho que dependerá de los elementos probatorios reunidos en el caso particular. De todas formas, en ambos supuestos procederá la restitución. En el primer caso, si se invoca la existencia de donación, la misma índole de los bienes, destinados a un uso común, hacen presumir que se donaron en vistas al futuro matrimonio; por lo tanto si el matrimonio no se celebra, la donación caerá por aplicación de la condición resolutoria "*si nuptiae sequantur*" (arts. 1240 y 1248); y en el segundo, si la demanda restitutoria se funda en una relación de depósito, el depositario o depositaria están obligados a restituir la misma e idéntica cosa, no pudiendo compensarla con crédito alguno (arts. 2218 y 2219).

En este último supuesto no será necesario probar por escrito el depósito, ya que como lo admite la jurisprudencia y lo dice Guastavino "por la relación de noviazgo ha de considerarse que medió la imposibilidad moral de munirse de la prueba designada por la ley, en cuyo caso ésta misma dispensa al interesado y admite todos los medios de prueba (art. 1191)" (72).

Posiblemente se dé con más frecuencia el caso del depósito, pues no se puede desconocer que ordinariamente los útiles y artefactos del hogar se entregan a la novia no como donaciones o regalos, sino simplemente para que los tenga con el fin de usarlos en provecho de ambos cónyuges en la futura residencia conyugal. La entrega se puede verificar en prueba de la seriedad de la promesa matrimonial, o también por otras razones, incluso porque el novio carece de lugar apropiado para guardar dichos bienes. Pero lo cierto es que no se hace generalmente con un desprendimiento actual e irrevocable de la propiedad de los bienes, puesto que su propia naturaleza, destinados a un uso compartido, determina que su entrega quede supeditada en definitiva a ese futuro uso común, y, por lo tanto, en la intención de quien los entregó no existe propiamente *animus donandi*, sino, nada más que el deseo de que sean guardados por su novia o novio en espera del uso compartido en el ansiado hogar conyugal.

Por lo demás, la tesis del depósito guarda coherencia con la doctrina jurisprudencial elaborada en los casos de restitución de bienes entregados antes del matrimonio, cuando, luego de celebrado éste, sobreviene el divorcio u otros conflictos conyugales. Allí nace la distinción entre bienes de uso personal y bienes de uso común, estableciéndose que los primeros son bienes propios de quien los recibió y no deben ser restituidos luego del divorcio, y los segundos, al juzgarse que se entregaron durante el noviazgo a título de depósito, deben

(72) GUASTAVINO, nota cit. en J.A., doctrina, 1974, págs. 270/271, 119 9.

restituirse a quien los adquirió (⁷³), solución cuya justicia es innegable.

Respecto a los bienes que por su naturaleza están destinados al uso personal de quien los recibe (presentes de uso, joyas, etc.) se entiende que han sido entregados durante el noviazgo a título de donación, pero conviene precisar primeramente que no parece fundada la distinción entre donaciones por causa de matrimonio y simples presentes de uso, porque en realidad son todas donaciones, cualquiera sea el valor económico o la importancia de los bienes entregados (⁷⁴). En rigor, lo que interesa a los efectos de determinar la obligación restitutoria si el matrimonio no se celebra, es la causa de la liberalidad. Si la donación, regalo o presente de uso ha tenido por causa el futuro matrimonio, e incluso la relación prematrimonial, la ruptura del noviazgo debe dar lugar a la restitución del bien donado, pues la donación cae por aplicación de la condición implícita de si el matrimonio se celebra (*si nuptiae sequantur*), consagrada en los arts. 1240 y 1248. Si entendemos que el art. 1240 sólo se refiere a las donaciones contenidas en la convención prenupcial (⁷⁵), corresponderá su aplicación analógica, y si consideramos que comprende a todas las donaciones, incluidas o no en el contrato prenupcial (⁷⁶), se aplicará en forma directa. Respecto al art. 1248, se duda si se refiere sólo a las donaciones prometidas o hechas a la mujer por terceros, o si también concierne a las efectuadas por el prometido, pero de to-

(⁷³) GUASTAVINO, *Restitución de bienes entregados por causa de matrimonio*, J. A., doctrina, 1973; pág. 502; nº V y nº XIV; y nota cit. en J. A., doctrina 1974, nº 3; C. N. Civ. Sala B, 29.12.66, en La Ley, t. 126, pág. 247, con nota de Fassi.

(⁷⁴) SPOTA, t. II, vol. I (11), nº 59, pág. 411; BELLUSCIO; *nota cit.*, en J. A. 1973-20, pág. 380; GUASTAVINO, *nota cit.*, en J. A. doctrina 1974, nº 4; ZANNONI, *nota cit.* en J. A. 1974-24, pág. 474.

(⁷⁵) SPOTA, t. II vol. I (11), nº 59; ZANNONI, *nota cit.* en J. A. 1974-24, pág. 476.

(⁷⁶) MACHADO, t. III, pág. 592; GUASTAVINO, *nota cit.* en J. A. doctrina 1973, nº X; FASSI-BOSSERT, *Sociedad Conyugal*, Bs. As. 1977, t. I, pág. 168, nº 2.

das formas, como lo afirma Belluscio, no cambia el fundamento de la solución legal si la donación es hecha por el novio (⁷⁷).

e) *La falta de causa o error sobre la causa de la donación prematrimonial*

No creemos que sea procedente la declaración de nulidad relativa de la donación por falta de causa o error sobre la causa, en base a los arts. 926 y 1045. En efecto: la causa final en los actos gratuitos, enseña Borda, será el ánimo liberal y, además, la razón inmediata por la cual esa liberalidad se hace (amistad, parentesco, noviazgo, etc.), y el motivo de esa liberalidad para que pueda considerarse causa debe integrar expresa o implícitamente la declaración de voluntad (⁷⁸). ¿Y cuándo falta la causa? Cuando el donante entrega la cosa en virtud de una determinada causa y luego resulta que ésta no existe. Ha habido un error: creyó en la existencia de la causa que le hizo obrar cuando en realidad no existía. En tal supuesto, dice Mosset Iturraspe, la inexistencia del móvil entraña la nulidad del contrato por falta de causa (⁷⁹).

En nuestro caso, no podemos hablar de la falta de móvil, porque evidentemente existió el animus donandi, existió la relación de noviazgo que motivó esa liberalidad y existió la expectativa matrimonial que constituyó la causa final de la donación. No ha habido, en suma falta de causa. La causa existió, sólo que después desapareció por la ruptura de la promesa matrimonial lo cual implica el cumplimiento de la condición resolutoria o sea la no celebración del matrimonio que trae como consecuencia la caducidad de la donación y la consiguiente obligación de restituir los bienes al donante.

(⁷⁷) BELLUSCIO, *nota cit.* en J. A. 1973-20. n.º III, pág. 381.

(⁷⁸) BORDA, *Trat. de Der. Civil, parte general*, t. II, n.º 849 quarter, Bs. As., 1959.

(⁷⁹) MOSSET ITURRASPE, *Teoría General del Contrato*, Rosario, 1970, pág. 266; y BORDA, *op. cit.*, t. II, n.º 853.

Tampoco correspondería declarar la nulidad de la donación por error en la causa. Aparte de la dificultad de precisar en qué consiste el error sobre la causa, e incluso determinar el concepto de causa ⁽⁸⁰⁾, aun cuando consideremos que el error sobre la causa caracteriza en general al error esencial, observamos que ninguno de los casos que se citan de error esencial coincide con nuestra cuestión: error sobre la naturaleza del acto (donó creyendo que prestaba o vendía); error sobre el objeto (entregó una cosa por otra), error sobre la cualidad principal de la cosa, y error sobre la persona (sustitución de persona). Como se ve, son todos supuestos distintos a la restitución de bienes por ruptura del proyecto matrimonial, pues aquí no se invoca el error, sino la desaparición de la causa de la donación al no celebrarse el matrimonio, lo que ocasiona su caducidad y obliga a restituir lo donado, situación que en todo caso nos vincula con el enriquecimiento sin causa.

f) *El fundamento legal de la obligación de restituir y el enriquecimiento sin causa*

Si la cuestión versare sobre bienes destinados a un uso común, y la entrega se hubiera efectuado a título de depósito, el depositario tiene obligación de restituir la misma e idéntica cosa (art. 2210), cuando lo exija el depositante (arts. 2217 y 2226 inc. 1º). Por lo tanto, en los principios que rigen la relación de depósito encontramos el fundamento legal de la obligación de restituir.

Si hubiere mediado donación de bienes para uso personal de quien los recibe, o incluso de bienes destinados a un uso compartido, y ha tenido por causa el proyecto matrimonial, sólo conserva su eficacia si el connubio se celebra (si nuptiae sequantur). Esta condición implícita está consagrada

(80) LLAMBÍAS, *Trat. de Der. Civil, parte general*, Bs. As., 1967, t. II, ns. 1730/1733; ARAUZ CASTEX, *Derecho Civil, parte general*, Bs. As., 1974, t. II, ns. 1757/1759.

por los arts. 1238, 1240 y 1248, que directamente o en forma analógica regulan todas las donaciones previas al matrimonio, contenidas o no en las convenciones nupciales, y funciona como condición resolutoria, de tal forma que si el matrimonio no se celebra, la donación caduca de pleno derecho ⁽⁸¹⁾, siendo éste el fundamento legal de la obligación de restituir del donatario. La liberalidad se extingue y consiguientemente nace una acción de restitución por el solo hecho de faltar el requisito posterior del matrimonio válido, sin que constituya un presupuesto para el ejercicio de esa acción restitutoria la declaración previa del donante en el sentido de querer revocar el beneficio ⁽⁸²⁾.

En realidad, sostienen algunos autores, no estaríamos en presencia de una propia y verdadera condición en sentido técnico, pues no se trata, en definitiva, de un acontecimiento puesto por las partes, de cuya realización o no dependa la existencia del acto. Mas bien nos encontramos frente a las llamadas condiciones iuris, o sea, presupuestos ínsitos en la misma naturaleza del acto jurídico que provocan su caducidad si no llegan a darse. Las donaciones matrimoniales serían, pues, actos jurídicos sometidos a la *condictio iuris* de la realización del matrimonio ⁽⁸³⁾.

Ahora bien, si la donación pierde su eficacia porque las nupcias no se han celebrado, surge la obligación de restituir el bien donado, y si el donatario, no obstante, retiene el bien, sin duda, se enriquecería indebidamente, porque la donación ha caducado. Pero la fuente generadora directa de la obliga-

⁽⁸¹⁾ Acerca de la caducidad de la donación por el no cumplimiento de la condición implícita si *nuptiae sequantur*: SEGOVIA, t. I, pág. 352, rota 26; MACHADO, t. III, pág. 592; GUAGLIANONE; *Régimen patrimonial del matrimonio*, Bs. As., 1968, t. I, nº 62; y *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, Bs. As., 1965, nº 60; FASSI - BOSSERT; *ob. cit.*, t. I, coment. a los arts. 1239 y 1240; GUASTAVINO, *nota cit.* en J. A. doctrina 1974, nº 15; y *Pactos sobre herencia futura*, Bs. As., 1968, nros. 244 y 250.

⁽⁸²⁾ GUAGLIANONE, *Régimen patrimonial del matrimonio*, cit., t. I, nº 62, pág. 216.

⁽⁸³⁾ CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, t. V, vol. 1º, pág. 480; PUIG PEÑA, *Trat. de Der. Civil Español*, Madrid 1947, t. II-vol. 1º, pág. 376.

ción de restituir es la caducidad de la donación por haberse cumplido la condición resolutoria, o sea la no celebración del matrimonio, desapareciendo así la causa que se tuvo en miras al hacer la donación. O lo que es lo mismo: la desaparición de la causa (no celebración del connubio) es la condición resolutoria que deja sin efecto la liberalidad. Si el beneficiario retiene el bien donado, la retención es ilegítima porque la donación ha perdido su eficacia, y se enriquecería sin causa. Sin embargo, el fundamento legal directo de la pretensión restitutoria es siempre la caducidad de la donación (arts. 1240 y 1248). El enriquecimiento sin causa del donatario que retiene indebidamente los bienes donados deriva de esa caducidad, que lo ha privado de título legítimo para retener dichos bienes. De tal forma, el enriquecimiento sin causa es un argumento más para apoyar el reclamo restitutorio del donante.

Es obvio que también se puede invocar cuando la obligación de restituir se funde en las relaciones de depósito. El depositario que no restituye el bien, además de cometer un delito, se enriquece en forma ilegítima, sin causa.

g) *Intrascendencia de la culpa a los efectos de la restitución de los bienes*

La culpa en la ruptura del noviazgo no tiene ninguna influencia sobre la obligación de restituir los bienes entregados por causa de matrimonio, ya sea que se trate de bienes para uso común o bienes de uso personal de quien los recibió. Como observa Guastavino, en la obligación de devolver los bienes no se involucra una sanción por el rompimiento de la promesa matrimonial; ella surge de los principios que rigen las relaciones de depósito o de ineficacia de la donación. Por tanto, no interesa quién sea el responsable de la ruptura; aun

el culpable tiene derecho a la restitución de los bienes que entregó en el período prematrimonial ⁽⁸⁴⁾.

h) *Ruptura de la promesa matrimonial por muerte*

Como la caducidad de la donación se produce por la falta de celebración del matrimonio cualquiera sea la causa de la frustración del connubio, y sin que interese la culpa o dolo de los prometidos, la restitución de los bienes entregados procede aun en caso de fallecimiento del donatario, y el deber de restituir se transmite a sus herederos. Igual solución se aplica si los bienes se entregaron a título de depósito, transmitiéndose la obligación de restituir a sus herederos. Asimismo, los sucesores del donante o depositante tienen derecho a reclamar la devolución de los bienes ⁽⁸⁵⁾.

i) *Naturaleza de la acción restitutoria*

Coincidimos con el Vocal de la Cámara Primera de Bahía Blanca, Dr. Louge, quien entiende que la acción destinada a obtener la devolución de los bienes entregados durante el noviazgo es personal, rectificando así la calificación de "reivindicatoria" que le había dado el demandante ⁽⁸⁶⁾. Si fuese

⁽⁸⁴⁾ SPOTA, t. II, vol. I (11), n° 59; GUASTAVINO, *nota cit.*, en J. A. doctrina 1974, n° 22; BELLUSCIO, *Manua: de Derecho de Familia*, Bs. As., 1974, t. I, n° 46, pág. 124.

⁽⁸⁵⁾ MESSINEO, *ob. cit.*, t. 3, pág. 41, arg. art. 80 C. Civil Italiano; Guastavino, *nota cit.* en J. A. doctrina 1974, n° 23; para una futura reforma de la ley civil propone adoptar la solución del Código de Portugal (art. 1593): si el casamiento no se efectúa en razón de la muerte de alguno de los promitentes, el que sobrevive puede conservar los donativos del fallecido, mas en ese caso pierde derecho a los que por su parte tenga efectuados; BELLUSCIO, *Manual de Der. de Familia*, t. I, n° 46, pág. 124; SPOTA, t. II-vol. I (11), n° 59, pág. 412, pero sugiere que una futura reforma debe prever una solución que presuma en tal supuesto, la intención del prefallecido de que permanezcan en poder del sobreviviente todos los recuerdos que implican la correspondencia, los regalos o presentes, recogiendo así la norma del art. 1301 del C. Civil alemán, n° 60, pág. 418, texto y nota 348.

⁽⁸⁶⁾ J. A., 1974-24- pág. 466.

reivindicación, por una parte, podría ser dirigida contra cualquiera que tiene la cosa, se podría ejercitar erga omnes; y, por otra, habría que probar la propiedad de la cosa. En nuestro caso, no ocurre ni lo uno ni lo otro. No hay necesidad de que el actor, en esta demanda por restitución, demuestre su propiedad, basta con que pruebe el regalo y que el objeto exigido es el mismo que se regaló; o que acredite la entrega de los bienes a título de depósito. Por lo tanto, la acción sólo puede dirigirse contra el donatario o depositario, puesto que surge de la misma relación contractual que ha existido entre los novios. La acción, en consecuencia, no es real, sino personal⁽⁸⁷⁾ y prescribe a los diez años (art. 4023) a contar de la ruptura del noviazgo⁽⁸⁸⁾.

II. CONCLUSIONES

La extensa y fatigosa revista que acabamos de hacer de legislaciones contemporáneas y pretéritas, nos permite formular algunas conclusiones sobre el objeto de nuestro estudio que dejamos concretadas del modo siguiente:

I. — Los esponsales han permanecido en las costumbres y hábitos sociales de todos los pueblos civilizados. Y si con los

(87) BARBERO, *Sistema del Derecho Privado*, Bs. As., 1967, trad. de Sentis Me'endo, t. II, n° 340, pág. 27. MACHADO, t. III, pág. 594, sostiene que cuando la donación caduca por no haberse celebrado el matrimonio, las enajenaciones de los bienes donados quedan sin efecto, con lo cual parecería admitir que la acción personal restitutoria tendría efectos reipersecutorios contra los terceros adquirentes, siendo, por ende, similar en su naturaleza y efectos a la acción de reducción. Pero si bien ambas acciones se fundan en la misma índole resolutoria y no anulatoria de la vicisitud que afecta a la donación, no hay sin embargo una norma expresa como la del art. 3955, que confiere efectos reipersecutorios a la acción de reducción por lo cual creemos que en este supuesto se deben aplicar los principios generales de protección al tercer adquirente de buena fe.

(88) Para una futura reforma de la ley civil, creemos conveniente adoptar la solución del art. 80 del C. Civil italiano: la acción prescribe al año desde el día en que se ha tenido la negativa a celebrar el matrimonio o desde el día de la muerte de uno de los promitentes.

principios de la revolución francesa perdieron los abusivos y extraños efectos de las legislaciones antiguas y medievales, constituyen aún hoy, como ya lo observara Portalis, "la educación de la vida conyugal".

II. — En los modernos cuerpos legislativos, con fines éticos plausibles, sin atacar la libertad de matrimonio, la promesa incumplida, sin motivo justo, crea consecuencias jurídicas que el derecho en la necesaria protección contra los agravios materiales y morales está en el deber de amparar y proteger.

III. — El código civil argentino en su doble y extrema posición negativa se presenta en el cuadro de las legislaciones vigentes de los países americanos y europeos, con un carácter verdaderamente excepcional. No presta amparo a las víctimas de daños ciertos y efectivos y deja sin sanción a autores de actos condenables y antisociales.

IV. — El código civil vigente requiere una reforma imperativa y concreta, que a la vez que reprima en forma adecuada los actos ilícitos de este tipo, asegure a las víctimas la reparación debida por los daños materiales y morales. La indemnización no debe establecerse como efecto de la ruptura de un vínculo contractual, según el modelo del código alemán, ni dejarse librada al juego común de los principios generales de los hechos ilícitos, conforme a la jurisprudencia de los tribunales franceses y belgas, sino que ha de regularse su alcance preciso teniendo en cuenta la índole particular de estos actos contrarios a las buenas costumbres y a la integridad moral de las personas. De este modo, no imputando la indemnización a un vínculo contractual anterior, se afirma la absoluta libertad de matrimonio y no se castiga el simple cambio de sentimientos, pero tampoco se dejará como hasta ahora totalmente desamparada a la víctima de una conducta ilícita.

V. — En una futura reforma de la ley civil, también debe preverse la restitución de los bienes entregados por causa de matrimonio cuando éste no se celebra, prescindiendo de la culpa por la ruptura, y comprendiendo toda clase de donaciones, cualquiera sea su valor económico, y aun cuando la ruptura sobrevenga por muerte de uno de los prometidos. Se deberá establecer, además, la prescripción de la acción restitutoria al año desde el día de la ruptura o de la muerte de uno de los promitentes.

VI. — Dice Westermarck que el matrimonio es la historia de una relación en la cual las mujeres han triunfado gradualmente de las pasiones, de los prejuicios y de los intereses egoístas de los hombres. Y Max Nordau, con gráfica exactitud, señala: “El derecho es el guardián del orden, pero ignora el amor”. Precisamente el derecho existe porque no es posible garantizar que siempre haya amor o caridad. Así es como hemos de procurar que el derecho acuda en salvaguardia de los bienes espirituales contra los groseros agravios. Es éste un bello ideal de los hombres en su afán inextinguible de progreso. Ahora que el orden constitucional postula la igualdad jurídica de los cónyuges y condena el abuso del derecho, hagamos todos de nuestra parte lo que esté a nuestro alcance para que esos objetivos se concreten en normas jurídicas de vigencia plena y creen un mundo donde haya más bien, más verdad y más justicia.