

## La promesa del hecho ajeno

ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: Premisas.—Antecedentes históricos.—La obligación del promitente: A) La obligación del promitente como obligación de hacer; B) La obligación del promitente como obligación de procurar el hecho de tercero; C) La obligación del promitente como obligación de indemnizar si el tercero no cumple; D) La prestación del promitente como asunción del riesgo de que el tercero no cumpla.—La figura jurídica del promitente del hecho ajeno.—Caracteres de la promesa de hecho ajeno.—Problemas de interpretación.—La promesa de hecho ajeno y figuras jurídicas afines.—Efectos de la promesa.

### P R E M I S A S

Llama la atención al jurista el hecho de que nuestro Código civil, hondamente influido, según se sabe, por los Códigos francés e italiano de 1865, no dedique ningún precepto a las figuras jurídicas que nos va a ocupar.

En efecto, tanto el artículo 1.119 del Código Napoleón como el 1.129 del italiano de 1865, expresamente consagran que puede obligarse uno

---

Notas bibliográficas.—Aparte de los tratados extranjeros (sobre todo franceses e italianos) que tratan con cierta amplitud el tema, Vid. en la doctrina española: DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, edic. 1959, revisada y puesta al día por Cossio y Gullón, pág. 110; ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho Civil*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, págs. 710-711; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. I. Doctrina General del Contrato, Barcelona, 1953, págs.

Concretamente vid.: OERTMANN, *Verträge auf Handlungen dritter Personen*, en "Festschrift für Zitelmann", 1913; WAWRE, *Le porte-fort en droit federal*, Neuchatel, 1898; MASSA, *I contratti a favore o a carico dei terzi secondo il diritto romano*, en Archivio Giuridico, 1893, págs. 37-67, 199-214, 344-378; PACCHIONI, *La promesa del fatto di un terzo*, en Rivista del Diritto Commerciale, II, págs. 549 y sigs.; COUDERT, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en Droit Romain*, Nancy, 1957; THÉLOHAN, *De la stipulatio operarum*, en Etud. d'hist. jur. offerts a Girard, vol. I; MILONE, *Della promessa di "curare" il fatto di un terzo*, en *Studi per Schupfer*, 1898, tomo III, págs. 55-63; SCHUPFER, *Il Diritto delle obbligazioni in Italia, nell'età del Risorgimento*, vol. I, Turín, 1921, págs. 71-79; STOLFI, *La promesa del fatto di un terzo*, en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1927, I, págs. 203 y sigs.; ALLARA, *Natura giuridica della obbligazione del fatto altrui*, en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1929, I, págs. 410 y sigs.; SCALFI, *La promessa del fatto altrui*, Istituto Editoriale Cisalpino, 1955; MESSINEO, *Doctrina General del Contrato*, traducción española, Buenos Aires, 1952, págs. 201-203; BOULANGER, *La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui*, París, 1933; FLATTET, *Les contrats pour le compte d'autrui*, París, 1950.

respecto a otro, prometiendo el hecho de una tercera persona. Tal promesa da solamente derecho a indemnizaciones contra el que se ha obligado, o que ha prometido la ratificación del tercero, si éste rehusa cumplir su obligación.

¿Cuál es la causa de que en nuestro Código no se mencione para nada esta institución de tan arraigado abolengo histórico? Ha sido, a mi juicio, la omisión que el Proyecto de 1851 hacía de ella conscientemente. El artículo 977 del mismo, sustancialmente idéntico al artículo 1.257 actual, contenía antes de su última revisión, dice GARCÍA GOYENA, un tercer párrafo: “Si alguna de los partes contratantes se obligare a que un tercero entregará alguna cosa o prestará algún servicio, quedará obligado a la indemnización en el caso de que el tercero no lo cumpla.” El ilustre jurista da como razón de la supresión las disposiciones sobre incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Proyecto, aunque reconociendo su justicia.

Ahora bien, si las normas sobre incumplimiento de las obligaciones nos revelan que el incumplidor responde siempre de su incumplimiento, bien en forma específica o bien por equivalente, no nos resuelven, sin embargo, los puntos oscuros y debatidos que surgen cuando una persona promete el hecho de un tercero. ¿A qué se obliga el promitente? ¿Cuándo se puede afirmar que ha cumplido su prestación? ¿Cuáles son los casos y, por consiguiente, los efectos que se producen si se da una situación de imposibilidad de la prestación que el tercero ha de efectuar? ¿Son aplicables las normas de la fianza por su semejanza aparente? ¿Cuál es la figura jurídica del promitente del hecho ajeno?

De ahí, pues, que no nos parezca acertada la supresión de toda referencia a la figura, debida la existencia de normas que disciplinan el incumplimiento de las obligaciones, porque, ante todo, hay que puntualizar si existe una obligación y, en caso afirmativo, su contenido.

La doctrina jurídica moderna admite, sin discusión, el que una persona puede prometer el hecho ajeno, con la secuela de indemnizar daños y perjuicios si ese tercero no cumple lo que aquél prometió. Este “cumplimiento” tiene como base, claro está, el que el tercero consienta en obligarse respecto al promisorio, porque de otro modo quedaría vinculado sin su voluntad. Se verá en páginas posteriores cómo a partir de ese momento (consentir en obligarse) desaparece de la escena jurídica el promitente.

Sin embargo, esa unanimidad no existe si se trata de precisar más. Concretamente, y por no mencionar más que un punto central de la dogmática de la institución, cuando se trata de perfilar la obligación asumida por el promitente.

Pero antes de entrar en esta materia, creo imprescindible unas indicaciones históricas que sirvan para ver cómo se planteó la cuestión en la época anterior a la codificación, y de qué modo ha evolucionado el pensamiento jurídico para llegar a admitir una institución negada radicalmente en un principio.

## ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En el Derecho romano se consideraba nula por principio toda estipulación en que uno de los sujetos prometía el hecho de un tercero. Y ello porque contrariaba no sólo la imposibilidad de la representación directa, sino porque la obligación significaba una restricción al ámbito de libertad del obligado, en tanto que estaba constreñido a realizar una determinada prestación al acreedor, y por ello nadie más que el mismo obligado podía imponerse esa restricción. Nos dice PAULO (D.45.1.83) que el negocio se contrae entre el que estipula y el que promete; y así, prometiendo uno por otro “que éste dará o no hará”, no se obliga, porque cada cual debe prometer por sí.

No obstante, si de la estipulación no podía surgir ninguna obligación a cargo de tercero, ¿producía la misma algún efecto entre los intervinientes? La doctrina lo niega basada en diferentes consideraciones; la prestación era imposible porque el tercero no había consentido; la ineficacia se asienta en la falta de una voluntad de obligarse entre las partes; el formalismo de la *stipulatio* no consentía la mención de un tercero en las palabras sacramentales. Para la validez de la estipulación era necesario que el acreedor y el deudor pronunciasen, los dos personalmente, los *verba* consagrados por el uso, que no toleraban aquella mención.

Este rigor del Derecho clásico, sin embargo, fué templado progresivamente. Sin abdicar de la idea fundamental antes expuesta, a saber, la de que nadie puede prometer por sí el hecho de tercero con efectos vinculantes para éste, se pretende que la estipulación tenga efectos entre los que en ella intervienen. Y ello se logra admitiendo la validez de aquellas estipulaciones en que se promete *procurar* que el tercero haga o no haga. En tal supuesto, más que un hecho ajeno, se prometía un hecho propio: el procurar. Otro de los procedimientos empleados consiste en la estipulación de una *pena* si el tercero no cumple. Así, dice ULPIANO (D.45.1.38.24), que si alguno hubiese estipulado: “¿prometes hacer comparecer a aquél?, no hay causa alguna para que no subsista esta obligación”. Justiniano, en su *Instituta*, recoge íntegramente estas dos posibilidades de dar validez a la estipulación del hecho ajeno, sin que falte autor (PACCHIONI) que afirme ser *propio* del Derecho justiniano el recurso a la estipulación de la *pena*.

Si las conclusiones anteriores son las aceptadas, con ligeras variantes, por la doctrina romanista, en cambio, hay profundas divisiones en torno a un fragmento de Juliano recogido en el Digesto (45.2.5) en el que se afirma rotundamente: “nadie hay que no sepa que se pueden prometer trabajos ajenos (*alienas operas*) y dar fiador de esta obligación”. ¿Cómo se compagina ello con la doctrina general negadora de los efectos de la estipulación pura de hechos ajenos?

Dos tendencias podemos anotar:

1.º La de aquellos que, como ALLARA y THÉLOHAN, creen que se refiere a la estipulación de hechos ajenos simplemente. ALLARA

afirma que el fragmento se explica por la evolución de la *stipulatio*. La misma no encuentra ya en el empleo de determinadas palabras su energía vinculante, sino en la voluntad de obligarse, por lo que el fragmento de Juliano significaría el nuevo sentido que tiene este negocio. Ha pasado la época, pues, en que la estipulación: “¿Prometes que Ticio hará?”, carecía de efectos.

La opinión de ALLARA es un tanto incompleta, porque es obvio que no se nos dice cuál era el contenido de esta estipulación. No puede ser, lógicamente, la de obligar directamente al tercero sin su consentimiento, ni tampoco, al parecer, la de procurar por el promitente este mismo, porque según vimos anteriormente era objeto de otra estipulación.

THÉLOHAN lo explica suponiendo que el principio “*nemo alienum factum promittere potest*” no se aplica a las promesas de *datio* a cargo de un tercero. Pero se ha observado por COUDERT la existencia de textos en que claramente se extiende aquél a las obligaciones que comportan un *dare*. THÉLOHAN parte para su construcción del principio de que las *operae* no son un hecho, sino una *res* que forma objeto de una *datio*.

2.<sup>a</sup> Frente a esta opinión que ve en el fragmento de JULIANO un nuevo desenvolvimiento de la promesa de hechos ajenos, otros autores lo relacionan con los trabajos de los libertos. STOLFI dice que desde el punto de vista exegético se puede observar que en el fragmento se trata de *operas libertorum*, que están en el patrimonio del patrono. Son cosas propias las que promete, y no ajenas. Análogo punto de vista mantiene COUDERT.

En el Derecho común el panorama cambia totalmente. Y cambia debido a la decadencia del formalismo de la *stipulatio*, y el auge que cobra la voluntad como fuente de obligarse, cualquiera que fuere la forma de expresión. No obstante, la evolución sufrida hasta llegar a este postulado fué lenta, debido a la sumisión de los doctores a los textos romanos.

En su magistral estudio sobre la estipulación de hechos ajenos en el Derecho común, anota STOLFI la gran influencia que sobre esta materia ejerció el Derecho canónico, con la institución del *juramento*, mediante la cual se hacían eficaces todas las declaraciones de voluntad que no conteniendo nada de ilícito e inmoral, eran declaradas nulas por expresa disposición legislativa (SCHUPFER). Aplicando el juramento a la promesa de hecho ajeno determinó su validez. La repetición continua del juramento hizo que fuese poco a poco decayendo su manifestación expresa, sosteniéndose la validez de la promesa sin el mismo, con el recurso de darlo por puesto mediante presunción. Ahora bien, si era válida la estipulación de hecho ajeno, ¿qué había de entenderse *como objeto de la obligación del que los prometía?*

La doctrina se dividió en dos posiciones netamente contrapuestas. Para unos, el promitente estaba obligado a desplegar toda actividad necesaria respecto al tercero para conseguir que éste cumpliera, libe-

rándose, por tanto, aquél en el momento en que demostrase haber hecho lo posible para ello. Para otros, el promitente sólo se liberaba cuando el tercero cumplía lo que él prometió. En la práctica prevaleció la primera solución sobre cuyos fundamentos teóricos manifestaron serias dudas los doctores (1).

Así, pues, en el Derecho común ya no se plantea como problema la validez de la simple promesa de hecho ajeno, sino el de saber a qué se ha obligado el promitente. La discusión de los doctores de la glosa sigue abierta todavía hoy. En efecto, aunque los Códigos modernos proclamen la validez de la promesa, y la obligación de indemnizar que nace cuando el tercero no cumple, guardan silencio sobre el contenido de la prestación del promitente.

#### LA OBLIGACIÓN DEL PROMITENTE

Por lo tanto, vamos a estudiar las posiciones que se adoptan en la doctrina moderna sobre el contenido de la prestación del que promete simplemente el hecho de otro.

##### A) *La obligación del promitente como obligación de hacer.*

Para un sector de la doctrina, el promitente contrae como obligación la necesidad de hacer lo posible, de desarrollar una actividad, para inducir al tercero a que cumpla la prestación que aquél prometió. El resultado es puramente eventual. Por tanto, se libera cuando pruebe haber cumplido esta prestación, cuando pruebe que ha desplegado su actividad en tal sentido, y que no ha obtenido éxito por causas ajenas

---

(1) En las Partidas la promesa de hecho ajeno podía ser de dos modos: *simpliciter* y *secundum quid*. En el primer caso se acepta la regla romana de la negativa de efectos jurídicos, salvo que se hiciese en juicio o en nombre de los herederos. En el segundo caso, la promesa de hecho ajeno indicaba que se había prometido un hecho propio: comprometerse a hacer o a procurar que se haga por parte del tercero. La doctrina se preguntaba si el promitente se liberaba de responsabilidad acreditando que hizo cuanto pudo a fin de que el tercero cumpliera. La opinión favorable a su liberación vaciló ante la negativa de Jason de Mayno y Socino. La Ley XI del Título XI de la Partida V expresamente consagra que el promitente, si el tercero no cumplía "tenudo serie el de lo complir ó de le pechar los daños et los menoscabos quel veniesen por esta razón". Con razón decía Gregorio López que esta Ley obsta bastante a la indicada opinión común.

Así, pues, las Partidas, siguiendo el modelo romano, negaban valor a la promesa simple del hecho ajeno, salvo que se prometiese por una persona que sus herederos harían o darían alguna cosa, o en juicio se prometiese que un tercero tendrá por firme la decisión del pleito, u otras semejantes. En cambio, se afirmó la validez de la promesa de *procurar* el hecho de tercero.

El ordenamiento de Alcalá suprimió las formalidades de la estipulación. La simple no obligaba al tercero en ningún caso, pero con el incumplimiento había lugar a la acción de daños y perjuicios. Esta solución en un principio fue discutida, dejando en la práctica inoperante la Ley del Ordenamiento. Finalmente, parece que un texto de Bartolo dio salida amplia a la acción de indemnización. Cfr. NÚÑEZ LAGOS, *Hechos y Derechos en el Documento Público*, Madrid, 1950, págs. 233 y sigs.

a su voluntad. BARASSI afirma que esta teoría está en consonancia con el principio "favor debitoris", que debe presidir la interpretación de todo contrato.

Contra la misma, sin embargo, se han hecho una serie de objeciones que se pueden resumir así: a) La prestación sería imprecisa, indeterminada, y el derecho del acreedor fácil de desconocerse por la excesiva facilidad de la prueba de que se ha intentado, pero en vano, obtener del tercero el cumplimiento de la obligación; b) No es susceptible, para el caso de incumplimiento, de una segura apreciación de valor; c) La actividad del deudor no tiene, en sí y por sí, independientemente del resultado al cual mira, ningún valor pecuniario.

¿Se pueden acoger estas consideraciones para rechazar que la obligación del promitente sea una *obligación de medio* y no de resultado? A mi juicio, hay que prescindir del problema de la facilidad de la prueba para liberarse de las consecuencias del incumplimiento. Una cosa es el problema práctico de prueba, y otra la verdadera naturaleza de la institución. No podemos en modo alguno desnaturalizar ésta por las consecuencias de la prueba. Por otra parte, tampoco cabe sostener que la prestación carece de posibilidad de valoración cuando se incumpla ya que podría ser perfectamente valuada por la concreción del daño sufrido al acreedor ante la no realización de lo prometido a cargo del tercero.

En cambio, es acertada la objeción de que independientemente del valor del resultado al cual mira, la prestación del deudor no tiene valor. Y es acertada si se observa el supuesto siguiente: el tercero, con independencia de toda gestión por parte de quien prometió su hecho, cumple frente al acreedor de aquél. No hay duda de que, en el terreno de la teoría que criticamos, ha existido un incumplimiento consistente en la no realización de las gestiones oportunas. Pero un incumplimiento que quedaría sin sanción, por no poderse exigir daños y perjuicios al no haberse causado ninguno, debido a la actuación del tercero "per se". La prestación del promitente, pues, carecería de todo valor, no es susceptible de cumplimiento ni en formas específicas ni por equivalente. En una palabra, estamos en un supuesto que cae en la órbita del artículo 1.256 del C. c. De ahí, pues, la consecuencia ineludible de relacionar la actividad del promitente con el resultado que se pretende, para dar algún sentido a aquélla, que, por otra parte, postula la misma interpretación de la voluntad de los sujetos. Cuando A se compromete frente a B a que C ratifique el contrato que los dos han celebrado, no se piensa sino en el hecho del tercero, C, como útil, no exclusivamente en la diligencia que podría desplegar el obligado.

Debido a esta conexión entre diligencia y resultado útil en la figura que estudiamos, y sin entrar en la crítica de la teoría desarrollada en la doctrina francesa sobre la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, otro sector doctrinal mantiene la siguiente posición:

B) *La obligación del promitente como obligación de procurar el hecho de tercero.*

Para STOLFI, la liberación del promitente no se produce probando que ha usado de toda diligencia, sino además cuando el tercero cumpla. En el mismo sentido se manifiesta ALLARA, y en la doctrina francesa, entre otros, LAURENT y AUBRY.

Pero las razones en contra son claras y convincentes. Se dice que en tal caso el deudor promete algo que no depende su querer y, por tanto, la actividad que se quiere vincular por su acreedor no es materialmente posible. SCALFI y BOULANGER afirman que no es concebible una prestación de hacer cuando el hacer tenga por objeto un acto de otro; esta interferencia de la voluntad del tercero quita su significado a lo que debería ser el contenido de la prestación, es decir, el comportamiento del deudor, porque el resultado último y útil depende del tercero.

Para argumentar en favor de la tesis criticada se ha llegado incluso a recurrir al expediente de la liberación del deudor, que usa toda diligencia, pero que no obtiene del tercero nada, a la fuerza mayor. Pero falta toda posibilidad de equiparación entre un *succeso imprevisible* que impide el cumplimiento de la obligación y la negativa del tercero a cumplir lo que otro prometió, porque *esta misma eventualidad* dió nacimiento a la promesa. La fuerza mayor implica una obligación que en principio *era posible*. En la estipulación del hecho ajeno nos encontramos ya, desde el principio, con una prestación que no era posible por las razones anteriormente apuntadas. (Vid ALLARA.)

C) *La obligación del promitente como obligación de indemnizar si el tercero no cumple.*

Las teorías anteriores buscan infructuosamente la solución del problema del contenido de la prestación del promitente a través de la obligación de hacer. Y decimos infructuosamente, porque ni desde el punto de vista dogmático ni práctico es factible. Por otra parte, aquellas posiciones vienen impulsadas, como causa determinante, por el desarrollo histórico de la institución. En Roma hubo que acudir a las obligaciones de hacer para que la promesa de hecho ajeno tuviera efectos entre las partes. En el Derecho común, la atención de los doctores se centra sobre un punto olvidado, o, por lo menos, oscuro, en la compilación justiniana; cuándo se liberaba el promitente.

Sin embargo, la técnica moderna no tiene necesidad de respetar las exigencias de una organización jurídica que ya ha desaparecido; las voluntades de los contratantes no penetran en el molde rígido de la *stipulatio*. No hay, en una palabra, razón para copiar los procedimientos por los que los juristas romanos, ingeniosamente por lo demás, hacían válida una operación que, de otro modo, era nula (BOULANGER).

Y de ahí que otro sector de la doctrina, para la solución del pro-

blema que estamos exponiendo, se fije en un aspecto de la institución dejado en sombra por las teorías de la obligación de hacer; ese aspecto es el que hace referencia a la obligación de indemnizar que el promitente tiene si el tercero no cumple.

Ahora bien, esa obligación de indemnizar, esa faceta de la promesa del hecho ajeno, tiene a su vez dos maneras de ser considerada: *a*) como obligación de pagar una suma de dinero si el tercero no cumple (condición); *b*) obligación de pagar como consecuencia de la aceptación por el promitente de un riesgo, que no es otro que el de garantizar al acreedor de todo daño que le pueda producir el incumplimiento por parte del tercero.

La consideración de la obligación del promitente como de indemnizar sujeta a la condición de que el tercero tenga el comportamiento que aquél prometió, ha sido mantenida por WIELAND, CARNELUTTI y BOULANGER, entre otros autores. Sin embargo, tal concepción es rechazable, porque olvida el interés que se persigue con la estipulación del hecho ajeno. El interés del acreedor es, ante todo, el de ver cumplido por el tercero el hecho prometido. Cuando el promitente manifiesta su voluntad de que dicho tercero hará o no hará, también asegura que será satisfecho el interés. También el promitente desea verlo cumplido, porque así se evita de pagar la indemnización. *Por ello el interés relativo a la indemnización es esencialmente accesorio*. Considerando como obligación del promitente la de pagar la indemnización, se olvida completamente en la descripción del contenido de *aquella el interés primario a ver realizado el hecho del tercero* (SCALFI).

Además, hay que observar que si conceptuamos la obligación del promitente como la de pagar una indemnización condicionada al evento del incumplimiento del tercero, en el momento en que el susodicho promitente intentase cualquier actividad en relación con el tercero, para que tuviese el comportamiento prometido, la condición habría de darse por cumplida a tenor del artículo 1.119. El obligado, en nuestro caso el promitente, impide voluntariamente que la condición se cumpla (que el tercero no cumpla). Consecuencia absurda, que se deriva de lo anteriormente expuesto: el olvido de que el interés del acreedor es el de *que el tercero cumpla*.

Las objeciones contra la teoría no quedan en lo dicho. Hay que tener también en cuenta un supuesto de fácil realización en la práctica para darse cuenta de que dogmáticamente tampoco es exacta. El supuesto de hecho consiste en el pago de una contraprestación por parte del acreedor o promisorio al promitente del hecho ajeno. Entonces tendríamos, en buenos principios, un sinalagma entre una obligación condicionada (la del promitente) y una obligación cierta (la del acreedor), lo que llevaría a la consecuencia errónea de que si la condición a que estaba sujeta la obligación del promisorio de indemnizar no se cumple (porque el tercero cumple), el acreedor debe pedir la restitución de la contraprestación suya o el no pago de la misma, que era causada o sostenida por la obligación del promitente que no se ha

realizado. Todo ello, naturalmente, contra la verdadera y auténtica finalidad del instituto.

Sin embargo, con todos sus defectos, la teoría que concibe la obligación del promitente como obligación condicional de indemnizar, ha tenido un efecto favorable, y es el de que se ha prestado una especial atención al interés que se pretende satisfacer estipulando el hecho ajeno, y considerando la obligación de indemnizar desde un punto de vista subordinado a aquél. En una palabra, porque ha abierto la ruta hacia la tesis que conceptuamos más acertada, y es la de considerar:

D) *La prestación del promitente como asunción del riesgo de que el tercero no cumpla.*

Partiendo del supuesto de que al acreedor o promisorio le es indiferente la actividad del tercero en cuanto motivada por la actuación del promitente, y que lo único interesante para él es que el tercero cumpla para satisfacer así su interés en forma específica, siendo, por tanto, la indemnización que ha de pagar el promitente en caso contrario algo meramente subsidiario o equivalente, la doctrina suiza, explicando la norma del artículo 111 del C. c. que está dedicada a la regulación de la promesa del hecho ajeno (2), ha apuntado una idea extraordinariamente fecunda, y que ha sido desenvuelta en la doctrina francesa por BOULANGER (3), y en la doctrina italiana por SCALFI. Tal idea se puede resumir así: la prestación del promitente es una *prestación de garantía*. El que promete el hecho ajeno, lo que hace es garantizar al acreedor o promisorio que su interés será satisfecho, respondiendo de las consecuencias perjudiciales en caso contrario. *En otros términos, el promitente asume frente al promisorio el riesgo de que el tercero no cumpla.* El promitente dice: Yo no estoy facultado para obrar. Esta ausencia de poderes hace nacer un indudable riesgo, puesto que el tercero podrá ratificar o no el contrato que ha celebrado en su lugar. Pero este riesgo yo lo cubro. Yo me obligo a indemnizar de todo daño que pueda causar la no ratificación.

Ahora bien, para poder configurar así la prestación del promitente es necesario algunas consideraciones previas sobre la prestación en general. En efecto, la doctrina ha estado dominada durante mucho tiempo por una idea un tanto limitada y estrecha del objeto de la prestación en la teoría general de la obligación. Se pensaba que el objeto lo constituía bien un *facere* de carácter positivo o negativo o un *dare*. Sin embargo, al nacer en la doctrina germánica la categoría conceptual de los contratos de garantía se vió inmediatamente que aquellas nociones tradicionales eran insuficientes, y entonces se extiende el ám-

(2) El art. 111 del Código federal suizo de obligaciones, dice: "Todo el que promete a otro la realización de algo que debe ejecutar un tercero, queda responsable de los daños y perjuicios que se produzcan a consecuencia de la inefecución por parte de dicho tercero.

(3) Este autor coordina la teoría de la asunción del riesgo con la del pago de una indemnización en forma condicional (que el tercero no cumpla).

bito del objeto de la prestación para comprender en el mismo incluso *un riesgo*. Se podía, en suma, *prestar el riesgo*, asumirlo con todas sus consecuencias. La expectativa del acreedor no se dirige a una utilidad que es el resultado último de un obrar, o de un comportamiento, sino que su utilidad consiste en descargar sobre la otra parte los resultados perjudiciales que pueden acaecer si se produce determinado riesgo (BETTI). En el contrato de seguro, por ejemplo, antes de que el evento temido se verifique, existe la atribución de una utilidad al asegurado por parte del asegurador, que es la *asunción del riesgo por su parte*.

Así, pues, no existen inconvenientes para ver en la promesa de hecho ajena una asunción por parte del promitente del riesgo que supone para el interés del acreedor o promisorio el que el tercero no cumpla. De este modo también se explica que cuando haya una contraprestación por parte del acreedor o promisorio frente al promitente, el contrato tenga en sí una relación sinalagmática perfecta, y no se resuelva, como quiere BOULANGER, en una obligación de indemnizar condicionada al evento del incumplimiento del tercero, porque ya hemos expuesto las razones que nos conducen al repudio de esta doctrina.

#### LA FIGURA JURÍDICA DEL PROMITENTE DEL HECHO AJENO

Una vez configurada la obligación que asume el promitente, vamos a ver si tiene encaje su figura en algunos de los conceptos básicos del derecho de obligaciones.

A primera vista, parece que su situación es la propia de un representante sin poder, ya que ambos realizan un acto jurídico que tiene como finalidad incidir en la esfera ajena, si se ratifica (en el caso de la representación) o si el tercero se obliga (en el caso de la promesa).

Sin embargo, le separa de la figura del representante obstáculos insalvables. Y ello porque no contrata en nombre y por cuenta del tercero, sino en su propio nombre y por su propia cuenta. El declara que el tercero hará o no hará, pero manifestando que no tiene poderes para vincular inmediatamente a dicho tercero, sino que será él precisamente quien tendrá que tomar la última decisión. El promitente se obliga directamente, y desde un primer momento, con el promisorio, mediante la asunción del riesgo de que el tercero no cumpla.

La fuente de los efectos jurídicos es distinta, en consecuencia, en un caso y en otro. Cuando A celebra a nombre de B un contrato sin tener su representación, y B no ratifica posteriormente ese contrato, A estará obligado a indemnizar a la otra parte contractual los daños y perjuicios causados. Sus acciones se fundan, en una palabra, en ese contrato que el Código civil en el artículo 1.257 *declara nulo*, si bien, de acuerdo con CARIOTA-FERRARA, la terminología más exacta es la de irrelevante para el patrimonio del tercero.

Por el contrario, en la promesa de hecho ajeno, las acciones que en el supuesto de que el tercero no cumpla nacen para el promisorio en contra del promitente, no en la frustración de la relación jurídica

que media, antes de ese incumplimiento, entre aquellos sujetos de la proyectada que debía vincular al promisorio con el tercero, sino en la promesa de hecho ajeno.

Tampoco podemos ver en el promitente derecho ajeno la figura del gestor de negocios sin mandato, porque en ella se puede ligar irrevocablemente el *dominus*, en nuestro caso *tercero*, en razón de la utilidad que la gestión le procura, en contra de la radical libertad que en la promesa posee para vincularse con el promisorio. Además, falta la *contemplatio domini* y podría no darse la utilidad de la gestión.

#### CARACTERES DE LA PROMESA DEL HECHO AJENO

A) Por la doctrina se pone de relieve generalmente que la fuente de la promesa es el contrato, y en tal sentido se ha hablado, con resonancia en autores españoles como DE DIEGO y ALBALADEJO, de *contrato a cargo de tercero*, denominación inexacta a todas luces, porque el tercero no cumple nunca la prestación del promitente, porque la de éste es, como hemos expuesto, prestación de garantía. El promitente no está obligado a realizar lo que ha prometido por el tercero, ni éste a sustituirlo en el cumplimiento. Se ha comprometido a soportar el riesgo de que el tercero rehuse cumplir una determinada prestación frente al promisorio. Más correcta nos parece la terminología de “contratos dirigidos a la prestación del tercero”. Pero aparte de problemas de terminología, aunque desconociendo su importancia, tanto en un caso como en otro, se resalta la fuente de donde emana la figura que estudiamos: el contrato. Pero se ha planteado la cuestión de si esa fuente es única y exclusiva, o, por el contrario, la promesa puede nacer de otro negocio jurídico, como el testamento, o, incluso, de la ley.

Para ALLARA no hay duda de la afirmativa, citando como ejemplos de imposición legal la evicción en la división hereditaria, y otros autores, el de la responsabilidad por insolvencia del deudor del crédito cedido de buena fe, cuando expresamente se haya pactado aquella responsabilidad, o la insolvencia fuere anterior a la cesión y pública (art. 1.529). En cambio, SCALFI niega la posibilidad de que el testamento sea apto para engendrar una promesa de hecho de tercero. El testador no puede prometer a un heredero o legatario que un tercero se obligará o hará algo, porque, argumento, no se sabe a cargo de quién se pone la asunción del riesgo. No hay problema, creo, porque sería una deuda hereditaria la necesidad de indemnización cuando el evento se realiza (no cumplimiento del tercero) y como tal seguirá el régimen de la responsabilidad por deudas en la aceptación de la herencia.

No obstante, la fuente contractual es de hecho la más importante.

B) Atipicidad. El contrato que entraña una asunción del riesgo para una de las partes, si un tercero no cumple la prestación que dicha parte ha prometido, tiene, en nuestro Derecho positivo, un carácter de atipicidad.

Sin embargo, la promesa es muchas veces cláusula de un negocio

jurídico que se hace sin representación de un tercero. En tal sentido, presenta problemas que serán examinados a continuación en la materia relativa a los efectos generales de la promesa.

C) Aleatoriedad. La promesa presenta un carácter aleatorio típico, por la asunción del riesgo por parte del promitente.

#### PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN

Refiriéndonos al contrato como fuente típica de la promesa de hecho ajeno, su interpretación, es decir, la indagación del sentido que tienen las declaraciones de voluntad no presenta ninguna excepción a las normas de los artículos 1.281 y siguientes.

Ahora bien, existen dificultades concretas de interpretación que tienen su origen en la misma naturaleza de la figura.

Así, en la jurisprudencia italiana se pueden observar numerosas resoluciones en las que se entiende implícita la promesa en los casos en que una madre haya contratado en nombre de sus hijos menores sin autorización judicial, o bien, en los que un solo copropietario vende una cosa común, por no citar más que los ejemplos usuales, conociendo esta circunstancia la otra parte. En todos ellos, los tribunales han entendido que la madre o el copropietario han prometido un hecho ajeno: la ratificación posterior del contrato. La doctrina, con buen criterio, no comparte esta directriz jurisprudencial, y exige que conste explícitamente la promesa del hecho de tercero.

Pero la problemática de interpretación no queda sólo en lo expuesto. La doctrina francesa discute si en todos los casos en que una persona promete el hecho ajeno se entiende *siempre* que surge una obligación a su cargo.

Podemos ver en este punto tres tendencias:

1.<sup>a</sup> Para una de ellas hay que presumir *siempre* que el promitente se ha querido obligar. El antecedente histórico lo constituye el pensamiento de POTHIER cuando declaraba que "*se presume fácilmente que aquel que ha prometido que un tercero dará o hará alguna cosa no ha querido obligar a otro, sino obligarse a sí para conseguirlo*". También se acude al principio de interpretación recogido en el artículo 1.284, según el cual "*si alguna cláusula de los contratos admitiese diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto*".

2.<sup>a</sup> Otra tendencia opuesta afirma que la estipulación por otro es una excepción a la norma general de la irrelevancia de efectos de los contratos para los terceros, y, por tanto, hay que manifestar una voluntad expresa de obligarse. Además, se agrega, el artículo 1.284 se refiere a cláusulas contractuales, aquí se trata de la eficacia o ineficacia de un negocio.

3.<sup>a</sup> Por último, no falta una posición intermedia que encuentra resuelta la dificultad si se ha pactado una cláusula penal, lo que representa el signo inequívoco de que el promitente se ha obligado personalmente. A mi juicio, en el fondo de este problema late la antigua preocu-

pación de los juristas romanos para dar validez a la promesa de hechos ajenos mediante la estipulación de una actividad personal del promitente. Es lógico, pues, que en aquel sistema fuese necesaria su manifestación de voluntad *expresa* para entender que se había obligado. Pero en el Derecho moderno, en que los efectos de la obligación descansan en la voluntad de las partes, y no en la *forma* en que éstas han querido obligarse, hay que rechazar tanto el sistema de la presunción como el de la manifestación expresa. Habrá que estar, ante todo, a la voluntad, para cuyo descubrimiento tendremos que acudir a los artículos 1.281 y siguientes, y, sobre todo, al 1.284. Ahora bien, cuando exista una cláusula penal creo que es evidente, sin más, la voluntad de obligarse.

#### LA PROMESA DE HECHO AJENO Y FIGURAS JURÍDICAS AFINES

La promesa del hecho de tercero ha sido confundida por cierto sector doctrinal con la obligación del fiador. Hasta tal punto ello es así, que no han faltado definiciones de la fianza en las que propiamente se habla de una obligación del fiador de hacer que el deudor cumpla, so pena de resarcir daños cuyo importe es el mismo que el de la obligación. Como pone de relieve Bo (4), en la doctrina suiza se considera que la obligación nacida de la fianza es un caso especial de promesa de hecho ajeno. Esta confusión entre las dos figuras también se observa en el Derecho común, donde ciertos autores llaman al *promitente* fiador.

Sin embargo, si bien es cierto que hay una semejanza externa, también son de anotar importantes diferencias.

Las semejanzas externas radican en el hecho de que tanto el fiador como el promitente se obligan por la inexecución de *una prestación que debe cumplir un tercero*.

Pero las diferencias son sustanciales. En la fianza, hay una obligación accesoria y subsidiaria de otra principal: la del deudor. En la promesa de hecho ajeno no hay ninguna relación obligatoria entre el promisorio y el tercero de cuyo cumplimiento deba responder el promitente. Este se encuentra obligado en vía principal y sólo se libera cuando el tercero se obligue respecto al promisorio.

Además, se pueden anotar otras diferencias no menos significativas:

a) El fiador puede invocar el beneficio de excusión, mientras que el promitente no le puede oponer al promisorio el no haber procedido antes contra el tercero.

b) El fiador goza de la acción de regreso contra el deudor, mientras que el promitente no puede reclamar al tercero nada de lo que él ha pagado como indemnización.

No obstante, si conceptualmente existe esa diferenciación, nada obsta a que una promesa de hecho ajeno pueda contener en sí una

---

(4) Contributo alla dottrina dell'obbligazione fideiussoria, Milano, 1934, páginas 10 y sigs.

obligación propia de la fianza, cuando se pacta que el promitente responderá del cumplimiento por parte del tercero cuando éste se obligue respecto al promisorio. Pero el simple pacto de garantizar la actividad del tercero hay que interpretarlo, salvo voluntad contraria, en el sentido de que el promitente asume los riesgos de que el tercero no acepte lo que él prometió, pero no en el de quedar obligado hasta la consumación de todas las obligaciones. *Ello por el principio de que la fianza no se presume.*

Se ha planteado en la doctrina germánica la cuestión de saber si un contrato de fianza nulo puede valer como promesa de hecho ajeno, cuestión que resuelve en un sentido afirmativo. El presunto fiador sería, pues, un promitente de que el deudor cumplirá. GIERKE y COSAK se sirven para ello de la categoría de los contratos de garantía, que dividen en dos grandes grupos. Por una parte, los accesorios de una obligación principal, y por otra, los que encuentran su fundamento en la voluntad de las partes prescindiendo de otra obligación. En estos asume una persona el riesgo por una acción u omisión en el cual otra puede incidir sin responsabilidad. El contrato de fianza, que corresponde al primer grupo, si se anula vale como un contrato de garantía del segundo grupo.

En cambio, otro sector doctrinal, para la solución de la dificultad, se remite a las normas de la conversión del negocio jurídico.

Creo, con STOLFI, que hay que distinguir las dos hipótesis que se pueden verificar:

1.<sup>a</sup> Si las partes hablan de fianza, pero conocen que el débito principal es nulo, es necesario entender que quieren estipular una promesa de hecho ajeno.

2.<sup>a</sup> Si, por el contrario, las partes hablan de fianza, no conociendo que el débito principal es nulo, lo que hay que preguntarse es si el contrato de fianza se convierte en promesa de hecho ajeno, pero no recurriendo a la voluntad de las partes, sino a la doctrina de la conversión del negocio jurídico, que opera una *integración sustitutiva* del contenido del negocio mediante una interpretación objetiva, y no mediante la reconstrucción de una hipotética voluntad.

A la promesa del hecho ajeno se ha recurrido también por cierto sector doctrinal para explicar la naturaleza jurídica del contrato por persona a designar (5).

Se ve en la venta, por no citar sino el ejemplo más repetido, otorgada por una parte a otra o a la persona que esta designe, una promesa al vendedor de que el elegido asumirá la posición de comprador. Sin entrar, por exceder del marco y finalidad de esta lección, en los complejos problemas de la venta a persona por designar, hay algo que nos dice que las dos figuras son distintas. Y ese algo es precisa-

---

(5) Vid. ENRIETTI, *El contratto per persona da nominare*, Turín, 1950, páginas 109 y sigs.

mente el que el presunto promitente queda obligado desde un principio frente al vendedor. Este otorgará el contrato a él o a otra persona. En la promesa de hecho ajeno, el promitente no queda obligado en modo alguno a cumplir lo que ha prometido que hará el tercero.

#### EFFECTOS DE LA PROMESA

Distinguiremos dos fases: a) Antes de que el tercero acepte cumplir lo prometido. b) Aceptación por el tercero.

Antes de que el tercero acepte, sobre el promitente pesa el riesgo de que aquél rehuse y tenga que indemnizar daños y perjuicios.

Pero si quiere ello significar que cuando el tercero no acepte no hay liberación del promitente, existen supuestos en los que falta la aceptación, pero hay liberación:

A) Incapacidad sobrevenida del hecho ajeno. Aquí, con posterioridad a la estipulación, y como consecuencia de determinados acontecimientos, el tercero, aunque su voluntad hubiera sido aceptar, no puede hacerlo. La doctrina, unánimemente, estima que queda liberado.

B) Quiebra del tercero o inhabilitación. La doctrina aplica el mismo principio anterior cuando el acto que debía realizar frente al promisorio está comprendido en el círculo de su incapacidad.

C) Muerte del tercero. La duda se plantea respecto a la posibilidad de que sus sucesores sean los que tengan que aceptar para liberarse el promitente, salvo en casos que se trate de un hacer personalísimo. Creo que no se debe acoger la tendencia que ve en la promesa del hecho ajeno un acusado carácter de "intuitu personae", y, por tanto, la muerte del tercero no libera siempre al promitente.

Así, pues, la aceptación del tercero libera siempre al promitente. En correcta doctrina no puede decirse, como hace ALLARA, que el tercero *cumple*, porque el hecho ajeno no puede ser concebido como objeto de la obligación del promitente, ni, como quiere DEJANA, su prestación debe considerarse jurídicamente como realizada por el promitente.

Ahora bien, puede suceder que el tercero cumpla un hecho diverso del prometido. En tal caso, si es aceptado por el promisorio, el promitente queda liberado.

En relación con la aceptación por el promitente, se ha discutido si puede prometerse válidamente el hecho de un tercero que es incapaz o, en otras palabras, si la capacidad del tercero se requiera para la validez de la promesa. Parece que hay que distinguir dos situaciones:

a) Que los contratantes conozcan la incapacidad. b) Que, por el contrario, lo ignoren.

Quando los contratantes conocen la incapacidad, como ocurre frecuentemente cuando se venden bienes de menores sin la autorización judicial prometiendo la ratificación de éstos, la promesa es válida. En tan sentido, podemos citar la sentencia de 29 de noviembre de 1958. El caso sometido a la consideración del Tribunal Supremo es el si-

guiente: Una madre vende a nombre de un hijo menor de edad un inmueble, sin las formalidades del 164, prometiendo la ratificación por éste del contrato cuando lo emancipe voluntariamente. El menor, una vez emancipado, ratificó el contrato (hablo de ratificación, siguiendo al T. S., aunque parece que la terminología más aceptable es la de confirmación). El T. S. declara válida esa venta, sin fundarse en el subterfugio del Notario autorizante, que consistió en declarar que el hijo vivía independiente de sus padres, por lo que podía otorgarse la escritura compareciendo él y la madre para completar su capacidad a tenor del artículo 317 del C. c. Hago la salvedad, sin embargo, de que me apoyo en esta sentencia para admitir la validez de la promesa del hecho del incapaz en el momento de hacerla, aunque el T. S., al no estar regulada la institución, se basó en la doctrina legal, aplicada por analogía, de que no se impide a los mayores de edad la ratificación de los contratos o negocios jurídicos celebrados en el momento de su perfección por persona que fuere menor. Las razones de analogía, desde luego, no se ven por parte alguna, al no darse el supuesto básico; contrato realizado por un menor. En el caso de autos fué la madre la que lo hizo, incumpliendo las disposiciones imperativas del artículo 164.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la promesa puede ser establecida como cláusula en un contrato que se celebra a nombre de otra persona sin poder, es decir, prometiendo que ésta lo ratificará, interesa ver de qué modo los efectos marcados por el artículo 1.259 del C. c. se realizan.

Dicho precepto consagra la nulidad del contrato celebrado a nombre de otra persona sin su autorización, a menos que ésta lo ratifique antes de ser revocado por la otra parte contratante. La cuestión, por tanto, hay que plantearla en este lugar, así: ¿Influye el artículo 1.259 sobre la promesa de ratificación?, o en otras palabras. ¿puede el contratante y promisorio al mismo tiempo revocar el contrato celebrado con un representante sin poder, por su sola voluntad, desapareciendo la promesa de ratificación?

La solución se presenta oscura. Por una parte, tenemos que el artículo 1.259 permite, como norma general, la revocación del contrato que debía vincular al *dominus* antes de la ratificación por éste. Pero por otra, ha existido un pacto entre el promitente y promisorio sobre la asunción del riesgo de que el *dominus* no ratifique.

Si el promisorio revoca el contrato principal, parece que no puede pretender la revocación unilateral de la promesa por su carácter contractual. Le estaría vedado, pues, exigir del promitente la devolución de la prestación que le haya realizado por la obligación que ha contraído. Pero entonces resultaría que la promesa ha quedado sin finalidad y, además, desaparece la prestación de una de las partes, la del promitente, porque el riesgo que cubría (la no ratificación por el tercero) no se puede dar al haberse revocado la convención principal. Por tanto, el promisorio podría solicitar la restitución de su contra-

prestación al haber desaparecido la causa de la misma (la prestación del promitente).

Es decir, la revocación unilateral permitida por el artículo 1.259 se extendería a la promesa de hecho ajeno, *cosa incompatible con su fuente contractual*.

Para defender la solución de la revocación unilateral de la promesa, en la doctrina francesa se acude a dos argumentos: 1) El criterio del C. c. español en su artículo 1.259, y 2) A la idea de que el interés prevalente en estas situaciones es el del promisario, porque la estipulación de hechos ajenos está montada en beneficio de aquella persona a quien interese obligar a un tercero, y no en el del promitente, que es solamente un instrumento de cooperación para el logro de aquella finalidad.

No creo acertadas estas defensas, porque el artículo 1.259 no se refiere ni directa ni indirectamente a los casos que examinamos. Es más, según vimos al comienzo de esta lección, del Código ha desaparecido toda referencia a la promesa de hecho ajeno. Por otra parte, y en la lucha de intereses del promisario y promitente, no vemos razón alguna para dejar totalmente oscurecido y olvidado el del mismo promitente. Aquellos intereses se han conjugado en la celebración de un contrato, que no puede ser, por tanto, revocado unilateralmente.

Ante las consecuencias que derivan para el promitente del hecho de que el tercero no acepte vincularse con el promisario, la doctrina ha planteado la cuestión de si el mismo promitente puede *sustituir* al tercero en la ejecución del hecho. Naturalmente, nos referimos a prestaciones que no tengan un acusado carácter personalísimo; o en otras palabras, que sean infungibles. En la doctrina francesa predomina la opinión de que el promitente puede sustituir al tercero en la ejecución del hecho, porque si está obligado a indemnizar daños y perjuicios al promisario, es decir, a procurarle la misma situación que si el tercero se hubiese vinculado, no hay forma mejor de cumplir en forma específica la obligación que contrajo.

Pero esta tesis la creo rechazable, porque parte de un supuesto de hecho inaceptable; el de que la obligación del promitente es obligación de hacer que el tercero se vincule. La responsabilidad por daños y perjuicios es el cumplimiento por equivalente. Luego la realización por el promitente del hecho ajeno es el cumplimiento en forma específica. Ya vimos en su momento cómo había que sacar la figura que nos ocupa del marco de las obligaciones de hacer.

Por otra parte, el conceptuar así a la obligación del promitente, como obligación alternativa en cuya virtud o se realiza el hecho ajeno por el tercero o por el mismo promitente, es violar el espíritu del contrato, porque de este modo sería inútil prometer el hecho del tercero, bastando prometer el propio hecho o solidaria o subsidiariamente al del tercero, para hipótesis en que éste faltare. Su prestación era de riesgo. En el caso de que el promitente se obligase subsidiariamente habría que pensar en el contrato por persona a determinar.

El promitente, pues, no puede *libremente* actuar, con efectos liberatorios para él, como actuaría el tercero si se hubiese vinculado.

Otros autores, como MESSINEO y SCALFI, recurren por vía analógica a las normas que disciplinan *el pago por otro*, sosteniendo, de acuerdo con su espíritu, que el promitente puede realizar el hecho por el tercero. Bastante forzada es esta postura, porque en el pago por otro existe una obligación previa entre dos sujetos, que es satisfecho por un tercero. En la promesa falta toda vinculación entre el promisorio y el tercero, por lo que mal puede cumplir por este último.