

PRECISIONES CONCEPTUALES EN TORNO A LA PROMESA DE HECHO AJENO

INTRODUCCIÓN

Primus, actuando en nombre e interés propio, promete a Secundus, como ocupación de éste, que Tertius se obligará a prestarle agua. Tertius, actuando en nombre e interés propio, promete a Cuyo, con la aceptación de éste, que Mexus ocupará el único inmueble del que Cuyo es propietario.

¿Qué deberes pesan sobre Primus y sobre Tercio? ¿Qué derechos adquieren Secundus y Cuyo y frente a quien pueden ejercitarlos? ¿En qué situación se encuentran Tertius y Mexus ante semejantes promesas? ¿Cómo se regulan las relaciones jurídicas surgidas de estas contrataciones?

Se trata de la promesa de la Obligación o de Hecho de un Tercero o simplemente de la Promesa del Hecho Ajeno como se le conoce más brevemente en la doctrina. Es una institución que ya existió depositada en el Derecho Romano y que se ha ido ordenando paso con la evolución del Derecho Privado. Primeramente derecho positivo es también una figura de antigua vigencia. Suvo cambió el plano en el Código de 1852 cuyo artículo 1267 lo reguló promiscuamente con otras figuras como la del Contrato a Favor de Tercero. En la que a nuestra institución corresponde dicho artículo se limitó a aseverar que "se puede prometer al favor de un tercero, con su consentimiento o a éste no cumplir."

El código de 1930 lo recogió con idéntica fuerza jurídica en forma in-

dependiente (o que significa un aporte de técnica legislativa frente al anterior código) en el artículo 1337. Finalmente, el código civil vigente la otorgó mayor atención e independencia sistemática al dispensar los artículos del 1470 al 1472, inclusive) en un título especial (el Título XI) denominado "Promesa de la obligación o del hecho de un tercero", en la Sección Primera que corresponde a los Contratos en General, del Libro VII dedicado a los Fuentes de Obligaciones.

Según las definiciones que puede encontrarse en los manuales de derecho¹⁾ la figura consiste a grandes rasgos en la promesa de la obligación o del hecho de un tercero que mediante contrato hace una de las partes (o la que suele denominarse por ello promitente) o a sí la que en se le llama promesado) y que determina que la primera debe intervenir a la segunda o el tercero no asume la obligación o no ejecuta el hecho prometido, según correspondiendo (a su vez, más bien de una participación del funcionamiento de la figura que de una verdadera definición).

Si embargo, como es obvio, a mera enunciación que acaba de hacerse no parece responder satisfactoriamente las interrogantes que han de ser planteadas a su vez. El propósito de las párrafos que siguen es hacer un análisis de la figura que nos suministre estas respuestas. Para ello, haremos de comenzar

¹⁾ Véase, Pablo María Sánchez, profesor de Derecho Privado en la Universidad de Lima y en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

*Dedico estas páginas a
Manuel de La Puente y Lavalle
como muestra de reconocimiento, gratitud
y afecto profundo a un hombre íntegro,
a un maestro ejemplar y a un amigo dilecto.*

nos fundamentalmente en el estudio de su naturaleza jurídica y de las cuestiones que de ella se derivan que es por lo demás el aspecto que ha conchado la mayor preocupación de la doctrina.

Antes de iniciar este estudio conviene dejar establecido como punto de partida que la promesa del hecho ajeno se articula a través de un contrato, porque dentro de la esfera de actuación de la autonomía privada el surgimiento de relaciones jurídicas requiere de la cooperación negocial de los titulares de los intereses que motivan su creación.

Si desde un punto de vista positivo se entiende por autonomía privada, como lo hace la moderna dogmática jurídica, el poder que atañe a todo individuo para regular sus intereses y por lo tanto para disponer de su propia esfera jurídica (2), el aspecto negativo de este poder significa que nadie puede ser despojado de sus bienes, limitado en sus derechos o comprometido a ejecutar prestaciones a favor del otro en su propia participación. No es posible, en definitiva, inmiscuirse en la esfera jurídica de otro sin la debida autorización. Es decir, en consecuencia, que el reconocimiento y tutela de un acto negocial y de la misma relación jurídica que tiende a producir, sólo pueden obtenerse en la medida en que exista una plena identidad entre el sujeto del acto de autonomía (negocio jurídico) y el sujeto del interés por él regulado ya que en caso contrario se

terminaría reconociendo y valorando la invasión de la esfera jurídica ajena (3).

Con gran lucidez expresa Bianca (3, 1) estos mismos principios en los siguientes términos: "La idea misma de autonomía excluye que el sujeto pueda disponer de la esfera jurídica de otro. En cuanto participe de la vida de relación el sujeto no es una entidad aislada. Sus derechos y deberes se concretan en relación con otros miembros de la sociedad. El sujeto no puede constituir, modificar o extinguir sus relaciones sin por ello mismo modificar la esfera jurídica de otro. De aquí la exigencia que el acto de autonomía privada encuentre el consenso de otro. He aquí entonces que el acuerdo se presenta como el instrumento normal de expresión de la autonomía privada."

Entonces estas consideraciones que la relación jurídica entre promisorio y promisorio se crea a través de un acto de autonomía privada estructurada por la declaración coincidente de ambos (consentimiento), o sea, un contrato.

No puede dejar de advertirse sin embargo, que hay casos de actos bilaterales de autonomía privada cuyos efectos inciden en la esfera jurídica de un tercero (es el caso del contrato a favor de tercero), pero se trata de supuestos de excepción en los que los efectos son sólo beneficiosos para el tercero y que se admiten sobre la base de una perspectiva

más evolucionada del concepto de autonomía privada, que se observan sólo como la facultad de autorregular los intereses privados sino además, como mecanismo de colaboración social. También hay ciertos supuestos en los que la Ley reconoce la existencia de actos unilaterales de autonomía privada cuya formación se logra, por tanto, con la participación de sólo una parte y que generan, no obstante, efectos jurídicos también respecto de sujetos distintos a aquel que les da existencia. Pero estos actos de estructura unilateral son actos cuyos tipos específicos son fijados por la ley de los cuales no pueden salirse los particulares (numerus clausus). En todo caso, como ya se ha dicho, estos actos excepcionales, respecto de los terceros son siempre de carácter beneficioso, efectos de los cuales puede siempre disponer el tercero, rechazados si no está dispuesto a tolerarlos en su esfera jurídica. (4)

Sobre la base de estas excepciones y específicamente de algunas particularidades del código italiano vigente (ver el artículo 1333 de aquél código) algunas veces autorizadas se han levantado pretendiendo contrastar la bilateralidad como requisito indispensable del consentimiento, que es un elemento esencial del contrato, preguntando que sólo se requiere la participación de un sujeto cuando se trata de producir efectos jurídicos que afecten negativamente su esfera jurídica. Se sostiene, en otras palabras, que la bilateralidad en la formación del contrato será indispen-

sabie sólo si los efectos del contrato son bilaterales, esto es, si la aceptación del promisorio destinatario contiene una reprobación. (5)

A pesar que no nos seduce poco, no es éste el lugar para hacer un análisis de esta interesante posición doctrinaria que en nuestra opinión no es admitida por nuestro código con esa extensión tan general con que Sacco la concibe. Pero si pensamos que es factible que los derechos que para el promisorio derivan de la promesa del hecho ajeno, en la medida en que no se provea a cargo de éste ningún mejoramiento en su esfera jurídica, pueden ser generados en su participación a través de un contrato a favor de tercero, en el cual el que promete la obligación o el hecho de tercero sea o su vez el promisorio dentro de la estructura del contrato a favor de tercero y este tercero beneficiario sea el promisorio; con lo cual habría dos terceros: el tercero beneficiario (promisorio) y el tercero cuya obligación o hecho se promete en favor del primero.

Por otra parte, cabe poner de relieve también, que los mismos principios que se han esbozado en torno a la autonomía privada determinan que el contrato por el cual se promete el hecho de tercero, así como la relación jurídica que surge entre promitente y promisorio no afectan en modo alguno al tercero cuyo hecho se promete, quien se mantiene absolutamente al margen de esa relación, la cual le resulta inoponible (contrato indiferente). Este es un punto en el que reina una inusual unanimidad en la doctrina.

II NATURALEZA JURÍDICA

Al analizar la naturaleza jurídica de la promisorio estudiaremos el negocio que le sirve de fuente que como ya se ha puesto de manifiesto es un contrato; estudiaremos más bien la relación que se establece entre las partes.

Son conocidos los debates que se han producido sobre todo a partir de las últimas décadas con relación al método de la ciencia jurídica. Los Sistemas Naturaralistas conducen en Europa Central durante el siglo XVII hacia un intento clasificatorio sobre la base de un método conceptual que intenta reducir todo el sistema normativo a un conjunto lógico y ordenado de conceptos que van de lo general a lo particular. Este método recibe un gran impulso en Alemania debido al esfuerzo de dos grandes escuelas: la

Histórica y la Pandectista. El orden normativo queda así ensamblado por la disposición o relación entre los conceptos jurídicos en función a su distinta generalidad o especialidad. De este modo, partiendo de algunos géneros considerados fundamentales, éstos se van especificando en sucesivas etapas, enlazándose entre sí en una relación (que Puchta llama genealógica, y al método le denomina "genealogía de conceptos"), como consecuencia de la cual el orden jurídico adquiere una configuración piramidal (6).

Algunos ejemplos pueden resultar bastantes ilustrativos. El derecho de usufructo es en primer lugar un derecho subjetivo; luego, en segundo lugar es un derecho subjetivo relativo a una cosa, en tercer lugar es un derecho subjetivo relativo a cosa ajena (*ius in re aliena*). De otro lado, el comodato es en primer lugar un acto jurídico (o mejor, negocio jurídico); en segundo lugar es un negocio jurídico bilateral y patrimonial, o sea, un contrato; en tercer lugar es un contrato nominado; en cuarto lugar, es un contrato gratuito. Este método también es conocida como el de Jurisprudencia de Conceptos, o como dice Puchta, genealogía de conceptos, y sirve para elaborar un sistema jurídico normativo que permita crear ciertas reglas jurídicas que puedan aplicarse a las categorías conceptuales elaboradas excluyendo de esta regulación a otras categorías diferentes, de manera que, por ejemplo, las reglas que se aplican al contrato de comodato son en primer lugar las que gobiernan al negocio jurídico; en segundo lugar las relativas a los contratos; luego las pertenientes a los contratos nominados; también las que rigen los contratos gratuitos. Estas reglas son diferentes de aquellas aplicables al usufructo.

Este método de la Jurisprudencia o Genealogía de Conceptos ha sido duramente criticado por una corriente que a partir de Heck intenta imponer un método diferente: la Jurisprudencia de Intereses, que propugna tener en consideración las valoraciones del legislador, tal como resultan de los intereses protegidos (o que deben ser protegidos) por el orden jurídico. (7) Este interesante como trascendental debate corresponde al terreno de la filosofía jurídica y sobre él no podemos extendernos más en este lugar; por lo demás sólo pueden recomerse profundamente estos caminos después de haberse detenido conscientemente en aquel campo, cosa que nosotros no hemos hecho. Acaso ninguno de estos métodos puede por sí sólo resolver el

Notas

1. Ver, por ejemplo Galgano, Francesco, *Derecho Privado*, Edición CEDAM, segunda edición, Padova, 1982, pág. 304. Rescigno, Pietro, *Manuale del Derecho Privado Italiano*, Jovene, séptima edición, Napoli, 1986, pág. 707. Zaffi, Paolo y Coluzzi, Vittorio, *Lineamenti di Derecho Privado*, CEDAM, segunda edición, Padova, 1989, pág. 393.

2. Scagnamiglio, Renato, *Teoría General del Contrato*, Universidad Externado de Colombia, pág. 15 y sigs. Basso, Massimo, *Derecho Civil II, El Contrato*, Giuffrè, Milano, 1984, pág. 31. Galgano, F., *El Negocio Jurídico*, en *Tratado de Derecho Civil y Compraventa*, continuado de Luigi Mengoni, V. II, I, Giuffrè, Milano, 1983, pág. 44. También ver Galgano, F., *Las Obligaciones y Contratos*, en *Derecho Civil y Comercial*, Vol. Sec., tomo primo, CEDAM, Padova, 1990, pág. 130.

3. Michel, Giuseppe, *Del Contrato en General*, en *Comentario del Código Civil*, Libro IV, tomo Sec., IIII, Torino, 1980, pág. 208.

3.1 El Cometto, cit., pág. 11.

4. Tales el caso de la promisorio bilateral (art. 1455 y sigs.) y del Contrato a favor de tercero (art. 1457 y sigs.). Biglioni, Ernesto, *Indagine e promessa del fatto civil*, Pubblicazioni della Scuola di Perfezionamento in Derecho Civil dell'Università di Catania, 1981, pág. 86.

5. Ver ampliamente el tema en Sacco, Rodolfo, *Obligaciones y Contratos*, en *Tratado de Derecho Privado*, edito de Pietro Rescigno, Vol. 10, tomo sec., UIE, Torino, 1982, pág. 19 y sigs.

6. La Pera, Sergio, *La Naturaleza Jurídica*, Ediciones Pannadite, Buenos Aires, 1971, pág. 41.

7. La Pera, S. Op. cit., pág. 12.

problema de la estructura de un total ordenamiento jurídico moderno.

En estas líneas nos interesa dejar establecido solamente, que si bien es cierto que, como afirma Le Pera (8), las críticas a la Jurisprudencia de Conceptos han llegado tarde, y nuestros códigos son claros ejemplos de ello, el intérprete no puede dejar de tener en consideración al analizar una institución jurídica, los intereses que el ordenamiento busca tutelar y los problemas que pretenda resolver. Por eso, cuando decimos que queremos buscar la naturaleza jurídica de la Promesa del Hecho Ajeno, queremos significar que pretendemos establecer un tipo específico de relación entre el conjunto de conceptos en que ella consiste y otro concepto (o conjunto de conceptos) considerado genérico (o "superior") (9), o sea, determinar a qué categoría pertenece; pero no podemos dejar de prestarle una muy especial atención también a las valoraciones de los intereses que el ordenamiento tiene en consideración al establecer, mediante la armonización y estructuración de un conjunto de conceptos, una concreta institución jurídica.

1. Obligación con prestación de hacer

Un importante sector de la doctrina (10) observa que la promesa consiste en una obligación con prestación de hacer según esta orientación, lo que asume el promitente como consecuencia del contrato es una obligación que contiene la prestación de hacer el esfuerzo necesario, dentro de sus aptitudes y posibilidades, para conseguir la obligación o el hecho del tercero en favor del promisorio. Si se admite, con el unánime apoyo de la doctrina, que el tercero no puede en absoluto verse afectado por la promesa -por lo que es absoluta y legítimamente libre de obligarse o no a ejecutar o no el hecho prometido-, la conclusión necesaria a lo que esto conduce, según esta corriente de opinión, es que el promitente realiza una promesa que consiste en una prestación propia ya que de la contrario habría que admitir que nada se estriba, a mayor dicho, que la estipulación no tiene ningún efecto jurídico que tutele el interés del promisorio.

Es por esto que se afirma que el contenido de una promesa de prestación, así siempre asumida el desplegar el esfuerzo ordinariamente necesario para poner en existencia la prestación, que en este caso no es la obligación o el hecho del tercero, sino la actividad del promitente necesaria para conseguirla. (11)

Esta teoría ha sido profundamente criticada con argumentos que a nosotros nos parecen irrefutables. Se le objeta que si la promesa se configura como una obligación cuya prestación consiste en desplegar el esfuerzo ordinario necesario para que el tercero se obligue o ejecute el hecho, según corresponda, la prestación queda ejecutada luego que el promitente realiza tal esfuerzo con la debida diligencia, y en consecuencia la obligación se extingue por cumplimiento, y el deudor queda liberado independientemente de si el tercero efectivamente asume la obligación o ejecuta el hecho de que se trata.

Ni siquiera podría contestarse que la obligación no se ha cumplido en razón a que al tercero no se obligó o no ejecutó el hecho, porque la prestación consiste en una conducta diligente que ha sido cabalmente ejecutada. El pago, en efecto, se entenderá efectuado de conformidad con lo que establece el artículo 1220 de nuestro código, por haberse ejecutado íntegramente la prestación. Pero además, aún cuando se pudiera sostener que tal obligación no se ha cumplido (tesis que en nuestro concepto es absolutamente insostenible dentro de la construcción de esta teoría), el deudor no sería imputable y por ello no quedaría sujeto a responsabilidad por el supuesto incumplimiento de la obligación porque ha actuado con la diligencia ordinaria que es, según lo indica el artículo 1314 de nuestro código civil. Como consecuencia de lo anterior, el deudor no estaría obligado ni podría ser construido a pagar al promisorio la indemnización que caracteriza a la figura de la promesa y que ordena el artículo 1471 de nuestro código al igual que toda la legislación compila el caso en que el tercero no asuma la obligación o no ejecute el hecho previsto. (11.3)

No creemos que pueda compararse el criterio según el cual (a) indemnización se justificaría porque no obstante que el contenido efectivo de la obligación del promitente es una prestación de gestión, el promitee al promisorio, con conocimiento de éste, algo más de lo que su prestación puede lograr, o sea la obligación o el hecho del tercero. (12) esta proposición contiene una contradicción en sus propios términos y que el, como se indica "... el contenido efectivo de la obligación del promitente es una prestación de gestión ..." no puede admitirse que está prometiendo algo más de lo que su prestación pueda lograr; sólo está prometiendo (contenido efectivo) una prestación de gestión, que por lo demás es la tesis de la obligación de hacer que ahora analizamos.

2. Obligación de Resultado

Fronte a las objeciones formuladas, quienes todavía no puedan abandonar la idea de que la promesa del promitente tiene naturaleza de obligación con prestación de hacer, explican que ella es una obligación de resultado y no simplemente una obligación de medios como la proponen los partidarios de la corriente anterior. El promitente no se obligaría a realizar diligentemente las gestiones conducentes a que el tercero se obligue o ejecute el hecho sino que su prestación consistiría en obtener este resultado, de este modo, sin importar cuán diligentemente haya procedido, si el tercero no se obliga o no ejecuta el hecho, el resultado no se habría obtenido y por ello se habría incumplido la obligación por lo que la indemnización al promisorio estaría plenamente justificada.

Citas:

8. Op. cit., pág. 47.

9. Le Pera, S., Op. cit., pág. 78.

10. De la Fuente, Manuel, Algunas Cuestiones sobre la Promesa de la Obligación o del Hecho de un Tercero, en: Estudios Jurídicos en Honor de los Profesores Carlos Fernández de Sotomayor y Max Aron Scherrenberg Pérez, Cultural Cuzco, Lima, 1988, págs. 101-102. Aron Scherrenberg, Max, Exigencias, Studium, T. I., pág. 204. Massimo, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, T. IV, EJA, B.A., 1979, págs. 509-510. Ver también Massimo F., El Contrato In Genere, en: Trattato di Diritto Civile e Commerciale, continuato da Luigi Merigani, V. XXI, T.2, Giuffrè, Milano, 1972, págs. 97-98. Immacoli, Pietro, Trattato di Diritto Privato, sexta edición, Giuffrè, Milano, 1983, pág. 331. Barassi, Ludovico, La Teoria Generale delle Obligazioni, V. II, Giuffrè, Milano, 1964, págs. 199. Es significativo observar, sin embargo, que Barassi sostiene una posición distinta en instituciones de derecho Civil, donde el, Bosch, Barcelona, 1956, pág. 172, en tanto concibe a la promesa como la asunción de una garantía.

11. Barassi, L., La Teoria, cit., V. II, pág. 199.

11.1. Briganti, E., Op. cit., pág. 95.

12. De la Fuente, M., Op. cit., pág. 101-102.

Giuseppe Calli (13), que es uno de los más caracterizados defensores de esta tesis, explica que en la promesa, la prestación debe considerarse no como la actividad dirigida a producir un resultado útil para el acreedor, sino ante todo como tal resultado en cuanto el deudor es tenido a producirlo, de manera que la promesa puede ser concebida simplemente como la asunción de una obligación que tenga al hecho del tenerlo como objeto propio. Esta teoría de la obligación de resultado aparece bastante más consistente y elaborada que la anterior, aunque tampoco resulta satisfactoria. Para poder analizarla, debemos revisar previamente algunos conceptos generales (14) que nos resultarán indispensables. Debemos advertir, empero, que no podemos hacer un estudio profundo de tales conceptos porque excederíamos largamente el propósito de este trabajo por lo que tendremos simplemente que formular algunos planteamientos dogmáticos.

3. Relación Jurídica y Obligación

Cuando Emilio Betti empieza el estudio de las relaciones de obligación, advierte que la investigación científica debe puntualizarse sobre el problema práctico que el derecho positivo, entendido cual disciplina de la vida de relación, ha resuelto mediante la creación de normas que representan la solución de un conflicto de intereses consideradas contrahechos y comparativamente valorados en su típica entidad social. (14.1)

Esta orientación metodológica, agrega el autor italiano, encuentra su justificación, aunque ello no sea necesario, con sólo tener presente que el derecho objetivo no es un conjunto de normas abstractas,

arrancadas de la vida social, a lo cual se sobrepone casi como un orden que lo trasciende y a lo cual se le impone desde afuera, el derecho encuentra, más bien, su fundamento, la razón de su existencia en la misma vida humana de relación, en aquel conjunto de relaciones que llegan a los hombres en el desenvolvimiento de la actividad de cada uno, relaciones que se vinculan a intereses típicos frecuentemente en conflicto, algunos veces paralelos, pero que se limitan recíprocamente; intereses siempre, como quiera que sea, de los cuales el intérprete no puede prescindir en el estudio de los institutos jurídicos y de las normas, justamente porque en éstas están reflejados aquellos como entidades sociales históricamente determinadas. (14.2)

Esta advertencia de quien sin duda puede calificarse como uno de los más conspicuos pensadores del Derecho de este siglo, son de la máxima importancia y nos permiten entender por lo pronto que si todos los intereses (y por ello las necesidades) de los particulares pudiesen ser satisfechos por cada uno en forma absolutamente individual (lo que por lo demás es totalmente imposible) las relaciones jurídicas carecerían de todo sentido y necesidad prácticas. Nos permite entender, en definitiva, que las relaciones jurídicas son elaboraciones conceptuales que se nutren fundamentalmente de la experiencia social, y son creadas por el Derecho como instrumentos que permiten obtener la satisfacción de intereses de los particulares mediante la actuación de la cooperación ajena. La pacífica y justa convivencia a que el Derecho aspira sólo puede lograrse si las relaciones que los particulares entablan recíprocamente en su diario y necesario contacto social son

instrumentadas a través de relaciones jurídicas cuya regulación permita obtener esta finalidad práctica. En consecuencia la relación jurídica no se nutre sólo de la observación y ponderación de la relación intersubjetiva como fenómeno social, sino que también está integrada por un conjunto de mecanismos elaborados por el Derecho para la protección del interés del sujeto que pretende satisfacerlo y que por lo tanto aseguran la actuación de la cooperación del sujeto que lo compromete.

Entonces puede afirmarse, todavía en términos muy generales, que para proteger un interés de modo que pueda obtenerse su satisfacción mediante la actuación de la cooperación ajena, el ordenamiento reconoce un poder en su titular, y establece en otro sujeto (que es aquel cuyo cooperación compromete para satisfacer tal interés) un deber correlativo. Por ello, se entiende comúnmente que la relación jurídica es aquella entidad que coordina o estructura la respectiva posición de poder de una persona (a la que por eso se denomina sujeto activo) y de deber de otra (a la que se suele llamar sujeto pasivo), entidad que es reconocida por el ordenamiento para tutelar un interés que el propio ordenamiento considera digno de protección jurídica (15), o sea, es la correlación que se establece entre el derecho subjetivo y el deber correspondiente (16). El tipo de cooperación que se requiere depende directamente del tipo de interés que se pretende satisfacer y del modo en que éste pueda ser satisfecho en la práctica, complementado con un apropiado mecanismo de protección jurídica que habrá de establecerse en función del tiempo, del lugar, del sistema político imperante y de los valores y principios arraigados en la comunidad social de que se trata, de los cuales el legislador ha de ser fiel intérprete. (16.1) Tipo de cooperación y consecuentes medidas de protección son por tanto dos aspectos claves que determinan la diferente estructuración de las relaciones jurídicas.

Suámonos ahora dentro del ámbito patrimonial para analizar como operan los principios antes expuestos en este clase de relaciones. La obligación es una relación jurídica patrimonial por antonomasia, pero no es el único tipo porque como ya se ha advertido hay diferentes tipos de intereses que reclaman ser satisfechos mediante formas de cooperación que son también cualitativamente diferentes entre sí. Es ampliamente admitido, por ejemplo, que el derecho

Citas:

13. Sciffi Giudici, Tomo 300, GIUFFRÉ, Milano, 1973, pág. 856. También aunque con diferentes matices ver Epif. Diego, Manual de Derecho Civil Español, V. II, Editorial Revista de Derecho Privado, sexta ed., Madrid, 1983, pág. 426-427. Spota, Alberto, Instituciones de Derecho Civil, Contratos, V. II, Decimo, S.A., 1977, pág. 399.

14. Esto nos permitirá observar satisfactoriamente si puede establecerse una relación adecuada entre el conjunto de conceptos en que la promesa consiste y el conjunto de preceptos que configuran el concepto general de obligación de hacer tal como lo explicitamos al haber de la naturaleza jurídica, siempre teniendo en consideración la valoración de los intereses que el legislador ha pretendido tutelar

mediante las obligaciones con prestación de hacer. Si tal relación puede establecerse, no podrá dudarse más que la promesa es una obligación de hacer. En caso contrario, habrá que determinar con qué concepto es que se relaciona para hallar su naturaleza jurídica.

14.1 Betti, Emilio, Teoría General de Obligación, Vol. I GIUFFRÉ, Milano, 1963, pág. 6.

14.2 Betti, E., Teoría General, cit., Vol. I, pág. 9-10.

15. Scalfaro Pastorelli, Francesco, Doctrina General del Derecho Civil, Tomo Cuarto Segundo, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Pág. 67. En un sentido compatible con esta enunciación, y sobre todo

Citas:

para un estudio profundo sobre la problemática de la relación jurídica ver el magnífico trabajo de Bulford, Alford, La Relación Jurídica Palmera, Lluvia Editores, Lima 1990, especialmente pág. 22 y sigtes.

16. Masineo, F., Manual, cit., Vol II, págs. 3-4.

16.1. Es así como, por ejemplo que en el Derecho Romano antiguo el deudor respondía del cumplimiento de su obligación en primer lugar con su persona, aunque no exclusivamente. Si no podía satisfacer el acreedor la cantidad debida y no se le exigió de la obligación de pagar, su suerte era la de ser vendido como esclavo, y quizás la muerte que podía darle el acreedor. Ver, Jos, P. y Kunkel, W., Derecho Privado Romano, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1937, pág.283.

17. Santoro Passarelli, Op. cit., pág. 49-70/73-74. Galgano F., Derecho Privado, cit., pág. 22-23. Masineo, F., Manual, cit., Vol I, págs. 4-5. Ver especialmente Rescigno, Pietro, voz Obligación (derecho privado) en Enciclopedia del Diritto, vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1979, pág. 193.

18. Luzzatto, Ruggiero, Le Obligazioni nel Diritto Italiano, Giachelli, Torino, 1930, pág. 1. Lorenz, Karl, Derecho de Obligaciones, T. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, págs. 18 y sigtes. Galgano, F., Diritto Civile, cit., Vol. sec. I, primo, pág. 5. La relación de obligación es ciertamente más compleja que como se aprecia de la simple definición que se ha dado: de hecho contiene una serie de aspectos más, algunos de los cuales pueden ser incluso instrumentales, como el deber de guardar y otros que pueden considerarse accesorios (deberes de conducta, de protección, etc.).

19. Hernández Gil, Antonio, Derecho de Obligaciones, CEURA, Madrid, 1983, pág. 102, quien afirma categóricamente que la prestación siempre es conducta. De Majo, Andrea, Delle Obligazioni in Generale, in Commentario del Codice Civile Scialoja-Branco, a cura de Francesco Galgano Zanichelli, Bologna, 1989, pág. 90.

19.1. Rescigno, P., Voz Obligación, cit., pág. 139. No pretendemos afirmar que la relación de primera sea una relación poder-sujeción, tan sólo hablamos de demostrar que la relación de obligación no es el único tipo de relación jurídica, ni siquiera en el ámbito del derecho patrimonial, y que hay intereses que no se satisfacen a través de una prestación (conducta). Esto nos permite identificar y distinguir la relación de obligación para observar si la promesa del promitente es o no una obligación y en especial una con producción de hecho.

subjetivo puede estar constituido por una supremacía del querer del titular gracias a la cual éste puede realizar por sí mismo su interés. Frente a esta supremacía que puede ser un poder, una potestad o un derecho potestativo, en el otro polo de la relación jurídica se encuentra el sujeto pasivo en un estado de sometimiento que determina que deba sufrir el ejercicio del poder del sujeto activo sin que pueda hacer nada para evitarlo, sin poder oponerse a tal ejercicio, esto es, en un estado de Sujeción que aunque pueda designarse con el término genérico de deber, no es un deber de conducta sino, como dice Santoro Passarelli, o lo más, un deber de respeto es decir un no poder no respetar. (17)

Como se ve, en este tipo de relaciones jurídicas también se requiere de la cooperación ajena (o del sujeto pasivo), pero la cooperación no adopta la forma de una conducta sino la de simple tolerancia del sujeto pasivo respecto de una alteración en su esfera jurídica que el sujeto activo produce directamente, y esto no resulta así por mero capricho sino porque el interés del sujeto activo no se sigue de la conducta ajena pues se satisface mediante la producción de un efecto jurídico y el Derecho permite y reconoce que tal efecto jurídico sea así obtenido. En consecuencia, si la conducta del sujeto pasivo no es necesaria, se comprende fácilmente que los mecanismos de protección no estarán orientados a la actuación de una conducta sino tan sólo al reconocimiento de los efectos jurídicos deseados.

Por ejemplo, mediante un acto negocial Primus otorga a Secundus, en interés común, un poder irrevocable estableciéndose entre ambos una relación poder-sujeción. Para tutelar el interés de Secundus, no se requiere contar con la conducta de Primus porque la actuación directa de Secundus determina automáticamente la repercusión de los efectos jurídicos inmediatamente en la esfera jurídica de Primus y el ordenamiento no reconoce en éste la posibilidad de rechazar tales efectos (en la medida clara está, que no se transgreda los límites de las facultades otorgadas porque entonces estaría en peligro el interés de Primus, cuya protección se mantiene a salvo de esos excesos). Lo mismo ocurre si mediante un contrato, Ticio le concede un derecho de Opción a Cayo (art. 1419 Cód. Civ.), porque éste adquiere directa e inmediatamente el poder de celebrar el contrato definitivo mediante su sola declaración de voluntad, y Ticio nada tiene que hacer para que este efecto se produzca, se encuentra tan sólo en una situación de sujeción que

determina que sufra los efectos jurídicos de la declaración de Cayo.

Por su parte, la obligación en su conjunto (a la que puede llamarse relación de obligación para distinguirla del simple lado pasivo de ella) tiene una estructura propia que la diferencia tanto de la relación poder o potestad-sujeción como de toda otra relación jurídica. Es ocaiso advertir que la estructura de la relación de obligación es objeto de secular polémica, sobretudo entre los consentidos personalistas y patrimonialistas. Por tanto, a riesgo de sufrir también la polémica puede decirse, que a grandes rasgos, la relación de obligación establece en el sujeto pasivo el deber de ejecutar una prestación en interés del sujeto activo que puede preferirla. (18)

Para tener una más acabada idea de la estructura de la relación de obligación conviene puntualizar que el deber del sujeto pasivo (deudor) y la pretensión del sujeto activo (acreedor) reciben siempre en una prestación, esto es, en una conducta, comportamiento o actividad que debe desplegar aquí, como mecanismo de satisfacción del interés de éste. (19) Esto tampoco resulta por una mera casualidad. Hay una gran diversidad de intereses privados (quizás la mayor parte) que sólo pueden ser satisfechos mediante una conducta o actividad ajena. En estos casos la cooperación si adopta la forma de una conducta o actividad que accidentalmente debe desplegar el sujeto pasivo en interés del sujeto activo, por lo tanto, los mecanismos de protección deben ser adecuados a este tipo de cooperación que es cualitativamente diferente que el tipo de cooperación que se necesita en las relaciones de poder-sujeción que hemos analizado antes.

Si Primus necesita que le pinten su casa, este interés no se satisface con el propio actuar de Primus y una simple tolerancia de Secundus. En estos casos se necesita una conducta efectiva de Secundus consistente en el hecho físico de pintar el inmueble, a través de lo cual se obtiene la satisfacción del interés de Primus. Puede fácilmente apreciarse cómo surge y una elemental diferencia entre la relación de obligación y la relación poder-sujeción: en la primera lo que la caracteriza es un deber de conducta, la necesidad de un comportamiento que satisfaga el interés del acreedor, en la segunda, lo característico es la ausencia de la necesidad de una conducta del sujeto pasivo pues existe tan sólo una situación de tolerancia frente al actuar del propio sujeto activo, quien obtiene así la satisfacción de su interés. (19.1)

Ahora bien, la prestación debe reunir ciertas requisitos como el de la patrimonialidad, la licitud, la determinabilidad y la posibilidad. A nosotros nos interesa por ahora destacar ese último. Si la prestación consiste en una conducta que la relación de obligación impone al deudor y a la cual incluso puede ser constraída, se entiende con facilidad que esa conducta debe ser de posible realización por él, porque no sería legítimo esperar del deudor a incluso constraído a una actividad que su propia naturaleza humana no le permite alcanzar. Esto explica un fenómeno muy claro, que la obligación no tiene razón de estarse en más que cuando existe la posibilidad de hecho de observarla e inclusive de no observarla. (20) Esto explica también la sanción de nulidad que se impone cuando la imposibilidad es inicial y la extinción de la relación de obligación cuando ella es sobrevinida. (21)

4. Obligaciones de Medios y de Resultado

Por obra de la doctrina francesa y especialmente a iniciativa de Demoguy hizo fortuna, más por una autoría inicial que por un análisis profundo, la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Las del primer tipo se caracterizan porque la prestación se traduce y se agota en un obrar diligente del deudor (por lo que también suelen denominarse obligaciones generales de prudencia y diligencia o simplemente obligaciones de diligencia) sin atender al específico resultado que ese obrar proporcione al acreedor. En las segundas en cambio la prestación consiste en un resultado (lí) que el deudor debe procurar al acreedor al margen del esfuerzo que requiere emplear para conseguirlo. Serían obligaciones de medios, por ejemplo, aquella que asume el abogado de defender la causa de su cliente, o el médico de operar al paciente, o el guardán de vigilar las instalaciones de una planta industrial. Obligaciones de resultado serían aquellas del empresario de construir una obra, o, en fin, la del transportista de trasladar a un destino determinado ciertas personas o mercancías.

Esta clasificación ha sido agudamente criticada por la doctrina moderna que observa que no puede sostenerse que existan obligaciones (de cualquier clase) en las cuales no se deba un resultado, de algún modo en que debe negarse que puedan existir obligaciones en las que se debe sólo un resultado y no también el esfuerzo que debe realizarse para conseguirlo. (22)

Emelli ha sostenido que un resultado entendido como el momento final o conclusivo de la prestación es debido en todas las obligaciones, de suerte que el carácter de la obligación de resultado se debe extender a todas las obligaciones y entender que los de medios son obligaciones de resultado parcial. (23)

Por ejemplo, no existe ninguna duda de que el pasajero que comprueba que el conductor que debe transportarlo se encuentra en absoluto estado de ebriedad, puede negarse a subir al vehículo e incluso resolver esa relación jurídica aún cuando se trate de una obligación de resultado y no simplemente de medios, porque es evidente que el resultado se hace depender fundamentalmente de la conducta del deudor. Sin embargo, debe admitirse que esta categoría, a la cual no hay que atribuirle más importancia y extensión que la que realmente tiene, resulta en alguna medida (lí) ya que permite apreciar la forma del cumplimiento (y por lo tanto la responsabilidad por incumplimiento), la medida de la diligencia que el deudor debe comprometer en la ejecución de la prestación, así como la carga de la prueba. (23.1)

En las obligaciones de medios, en efecto, el deudor le basta desplegar la conducta programada en la obligación con la diligencia ordinaria requerida, con lo cual habría quedado ejecutado su prestación. Si vigilante ha recibido con cuidado las instalaciones sometidas a su cuidado y ha prestado atención a los ruidos y otras alteraciones que pudieran indicar la posibilidad de que extraños hubiesen penetrado al recinto. Si a pesar de todo se hubiese producido un robo aquella noche, le bastaría alegar y probar tal diligencia.

En cambio, el empresario que debe construir un edificio o el transportista que debe trasladar mercancía, no cumplen sólo con una conducta diligente sino reportando el resultado que se ha establecido como prestación.

Préstese atención, sin embargo, a un aspecto que resulta bastante obvio pero que para nosotros adquiere la máxima importancia. Aún en la obligación de resultado, el resultado previsto como prestación tiene que ser posible de cumplir mediante la actividad del deudor. No es que la obligación de resultado por ser de tal clase y por poner especial énfasis en el resultado antes que en la actividad del deudor, signifique que el resultado debe conseguirse aunque el deudor lo resulte imposible. Es indiscutible que al igual que lo que ocurre en la

obligación de medios y en general en toda obligación, el resultado debe poder alcanzarse mediante la actividad del deudor. Y como ya se ha puesto de relieve, si esto no es posible desde el principio, la obligación (más bien, el negocio jurídico que constituye su fuente) es nulo, y si es sobreviniente y la causa que la motiva no es imputable al deudor, la relación se extingue y no puede exigirse siquiera rescachimiento. (24)

Según parece la categoría de obligaciones de medios y de resultado ha sido elaborada -o por lo menos nutrida- por una especial preocupación de atenuar la responsabilidad de los profesionales intelectuales y especialmente de los médicos (y abogados) facilitándoles la carga de la prueba que se limitará a la ausencia de culpa (prueba de la diligencia) para no tener que llegar a la muchas veces difícil demostración de la ocurrencia del caso fortuito.

Por eso, no nos equivocamos si afirmamos, en primer lugar, que sólo puede establecerse una obligación de resultado en la medida en que el resultado pueda alcanzarse plenamente con la conducta o actividad del deudor. En segundo lugar, que como en los casos en que el resultado no depende del deudor ese resultado no puede constituir la prestación, la conducta orientada a procurarlo (pero sólo la conducta) en la medida

Citas:

20. Belli, Emilio, *Teoría general*, cit., Vol. I, Culla, Milano, 1953, pág. 47. Hernández G.L.A., *Op. cit.*, pág. 103.

21. Sólo el caso de la perpetua obligación que se establece como sanción en el caso en que se produzca o cometa antes que la imposibilidad de la prestación. Pero aún en este supuesto la prestación original (ahora imposible) se produce en el rescachimiento de los daños y perjuicios.

22. Borso, Massimo, *Dell'adempimento delle obbligazioni*, in: *Commentario del Codice Civile*, a cura de Saldari e Borso, Zanichelli, Bologna, 1976, pág. 32.

23. Citado por Borso, M., *op. cit.*, pág. 33, ítem y nota 6.

23.1. Bignardi E., *op. cit.*, pág. 100-101, Rescigno, P., *Obligazioni*, cit. pág. 191.

24. Sólo el caso de la perpetua obligación que ya se ha mencionado, o que el deudor hubiese asumido el caso fortuito.

en que resulte útil al acreedor, si puede establecerse como prestación pero como prestación de una obligación de medios.

En conclusión, cualquier tipo de resultado que no dependa totalmente de la actividad del deudor no puede establecerse como prestación. Por eso, cuando se hace depender una indemnización de un resultado con las características anotadas, lo que se está haciendo en realidad es prestar una garantía que consiste en la asunción de un riesgo, según se tendrá ocasión de exponer más adelante.

5. La promesa como una obligación de resultado. Crítica.

Cuando en el numeral 2 anterior se ha expuesto la tesis de la promesa como una obligación de resultado, se ha explicado que en el intento de superar la teoría de la obligación de medios, se postuló que la asunción de la obligación o la ejecución del hecho por parte del tercero es el resultado que se promete y que constituye la prestación misma a cargo del promitente, configurándose como una obligación de resultado. Como dice Ost, es una obligación que tiene el hecho del tercero como objeto propio. (25)

Ahora bien, es conveniente puntualizar que el hecho de un tercero no puede concebirse como un resultado susceptible de establecerse como prestación a cargo del promitente porque se trata de un resultado cuya obtención no depende de la actividad o conducta del promitente, y por lo tanto no reúne el requisito de posibilidad que es esencial a toda prestación (de medios o de resultados) según se ha explicado. (25. 1) Esto no quiere decir que no sea posible que el tercero ejecute el hecho, sino que no está en las manos

del promitente obtener ese resultado. Es cierto que la posibilidad (y por tanto también la imposibilidad) debe juzgarse objetivamente, pero se considerará que la prestación es posible no sólo cuando lo es en abstracto sino cuando ella es realizable objetivamente por el deudor.

Si, por ejemplo, Primus promete a Secundus que mañana lavorà 3 horas, no puede decirse que se trata de una prestación de resultado porque aunque se sostenga que es perfectamente posible que lueva 3 horas, tal hecho (o resultado) no puede ser conseguido por el deudor. Debe por tanto juzgarse que esa prestación, aunque de posible ocurrencia, resulta para Primus objetivamente imposible de alcanzar por su propia naturaleza.

Exactamente lo mismo ocurre con el hecho del tercero ya que es posible que éste lo ejecute (lo que se obliga frente al promisorio, si éste fuera el caso) pero no puede desconocerse que esto no está en manos del promitente, ni puede estarlo, porque cada ser humano es libre y puede determinar, con absoluta independencia de los demás, su propio actuar. Quizás puede sostenerse que en este caso, el promitente puede tener mayor grado de ingerencia en el resultado (ejecución del hecho del tercero) que en el caso del ejemplo de la lluvia que se ha dado, porque puede intentar y lograr convencer al tercero de algún modo. Pero esto no es sino sólo un problema de grado o medida, lo cierto es que el tercero es absolutamente dueño de sus actos y puede actuar o no hacerlo de acuerdo con lo que su propia conciencia le indique, a pesar del promitente. Esto es algo que no requiere demostración porque fue de la propia naturaleza del espíritu humano, de lo cual es consciente la doctrina. (26)

6. La Promesa como Asunción de una Garantía por Riesgos.

Los argumentos que se han expuesto han inducido a que una corriente doctrinaria (27), que es la que nosotros compartimos (y que creemos es la mayoritaria), haya entendido que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero consiste, en realidad, en la asunción de una garantía por riesgos, sabido es que el riesgo puede definirse como la probabilidad de la ocurrencia de un daño a causa de la verificación (o no verificación) de un evento que lo produce. Entonces, la asunción de la obligación o la ejecución de un hecho por parte de un tercero, en cuanto que no puede concebirse como un resultado cierto producto del obrar del promitente (28), puede más bien conceptualizarse precisamente como un riesgo (consistente en que el tercero no cumpla la obligación o no ejecute el hecho) que determina la posibilidad de un daño en el promisorio. Por eso, esta relación jurídica no puede estructurarse mediante la creación de un deber de conducta (prestación) sino tan sólo mediante el desplazamiento del riesgo del promisorio al promitente como efecto jurídico directo e inmediato.

Con razón alaba Sarasin la prudencia del sistema legislativo italiano que imbuía el deber de prestación y la consecuente necesaria diligencia de ejecución, a los resultados útiles (al acreedor) normalmente por tal vía, o sea, mediante la prestación alcanzable. Cuando no sea así, y el riesgo de un evento sea total e invencible, al interesado (el deudor) le conviene no ya buscar vencer ese riesgo con la actividad de otro, sino limitarse a quedar a salvo de sus consecuencias dañosas con la promesa de una indemnidad para el caso en que el evento que constituye el riesgo se verifique. (29)

Citas:

25. Ost, G., op. cit., t. I, pág. 189.
25.1 Bigoni, E., op. cit. pág. 103.
26. De la Puente, M., op. cit., pág. 103.
103. Bigoni, E., op. cit., pág. 92-93.
27. Costo, Alfonso, *Instituciones de Derecho Civil*, t. I, Alcaná Editorial, Madrid, 1979, pág. 280. Puig Brutau, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. I, Vol. II, Bosch, 1977, pág. 253. Díez Picado, I. y Guillén, Antonio, *Sistema de derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid 1985, pág. 134. Diez-Picazo, L., *Fundamentos del derecho Civil Privado*, t. I, I, Tecnos, Madrid, 1979, pág. 282. Trabucchi, Alberto, *Instituciones de derecho Civil*, trad. Martínez Calomerida, t. II, Editorial revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, pág. 192. Selli, E., *Teoría General del Negocio Jurídico*, trad. Martín Pérez,

Editorial Revista de derecho Privado, Madrid, pág. 426. También en *Teoría General*, cit., t. I, pág. 41. Mirabelli, G., op. cit., pág. 329. Scaronigo, R., op. cit., pág. 268. Maccio, Renato, *Derecho de Crédito*, vol. sec., parte II, UTET, Torino, 1977, pág. 80-89. Golgona, F., *Derecho Civil*, op. cit., vol. sec. tomo primo, pág. 413-414. Ver especialmente la magnífica corrección de Bigoni, E. citada en la nota 4, en particular, pág. 103 y siguientes.

No se quiere que esto es una teoría muy novedosa, ya fue sostenido a principios de siglo sobre la base de la doctrina francesa sugirió en tomo al artículo 1120 del código de ese país (promesa de poner foré, por Jorge Giorgi, *Teoría de la Obligación en el derecho Romano*, trad. de la séptima edic. italiana, Imprenta de la Revista de Legislación, vol. II, Madrid, 1910, pág. 312).

28. Que la ejecución por parte del tercero sea un evento cuya ocurrencia no depende del deudor (aunque éste pueda en algunos casos influir), es algo que consideramos suficientemente demostrado. Basta agregar que la doctrina está en esto conforme; ver por ejemplo Giorgi, J., op. cit., vol. II, pág. 312. Golgona, F., *Derecho Civil*, cit., vol. sec., tomo primo, pág. 413. Entre nosotros, De la Puente, op. cit., pág. 101-102.

29. Sarasin, L., *la Teoría General*, cit., vol. II, pág. 3-14. En el texto citado, Sarasin inicia con esas palabras el estudio de la figura del Seguro para ellas son también aplicables a la relación que estudiamos tal como el propio autor lo entiende en su obra *Instituciones*, cit., vol. I, pág. 172.

Como explica Mesinez (30), contra un riesgo la defensa puede deber a la adopción de medidas (o precauciones) que valgan para reducir las probabilidades del siniestro, o bien derivar sus consecuencias sobre otro. El primer supuesto se logra mediante la creación de un deber de prestación de hacer común y corriente. Por ejemplo, el promitente simplemente se obliga a gestionar frente al tercero que ésta asuma la obligación o ejecute el hecho. El segundo supuesto se consigue estipulando el desplazamiento del riesgo que pesa sobre el promisorio hacia el promitente de manera que éste, al asumir, garantiza al promisorio que, de verificarse el evento temido (que consiste en que el tercero no asuma la obligación o no ejecute el hecho) aquél lo mantendrá indemne mediante el pago de una suma de dinero (indemnización) que elimine el daño sufrido.

Pénsese en el caso del médico. El paciente requiere de una intervención quirúrgica muy delicada y el médico se obliga a practicarla. Ésta constituye una obligación con prestación de hacer (de médico), en cuya ejecución debe poner todas sus conocimientos y aptitudes. Para el médico no puede prometer que como consecuencia de su obrar se obtendrá la curación del paciente porque en el proceso intervienen factores externos e incontrolables para él. Precisamente en esto consiste el riesgo que pesa sobre el paciente porque es posible que a pesar de la inobjetable intervención del médico, el paciente muera. Entonces, si el médico promete la curación del paciente lo que en realidad está haciendo es otorgarle una garantía de ese resultado incierto asumiendo el riesgo de que no se obtenga el resultado esperado. Si esto ocurre, el médico tendrá que pagar una indemnización (eventualmente a los herederos del paciente).

Lo mismo ocurre con la promesa de la obligación o del hecho de un tercero. El promisorio desea obtener que el tercero se obligue a ejecutar un hecho determinado pero sabe (o debería saber), al igual que el promitente, que tal evento es incierto por lo que puede, como explicaba Mesinez, hacer una de dos cosas: o bien obtener la cooperación de la conducta del promitente como remediándose éste a realizar las gestiones frente al tercero (obligación con prestación de hacer de médico), o bien le traslada al promitente el riesgo de que el tercero no ejecute el hecho, con lo cual se mantiene a salvo del perjuicio económico que la falta de ese resultado le produciría,

pero económico que se desplace hacia el promitente como consecuencia de la asunción del riesgo.

Incluso es posible que las partes (promitente y promisorio) recurran a ambos mecanismos, pero esto no significa que la promesa constituya una obligación con prestación de hacer sino sólo que la promesa ha sido complementada con una previa obligación, porque si no se obtiene el resultado a pesar de las gestiones del dador, la indemnización se debe como consecuencia de la asunción del riesgo y no de la obligación con prestación de hacer, que se rige por las disposiciones relativas a las obligaciones en general.

Con estos elementos de juicio podemos ir descubriendo la estructura de la relación jurídica que genera la promesa. Como toda relación de garantía, comprende en primer lugar la asunción de un riesgo, el cual se desplace del promisorio al promitente, y consiste en la probabilidad de la ocurrencia de un daño, en el caso en que no tenga lugar el evento esperado, o sea, la asunción de la obligación o la ejecución del hecho por parte del tercero. La asunción de este riesgo es un efecto automático y directo del contrato de promesa y no requiere, por tanto, de ninguna prestación a cargo del promitente. En segundo lugar, también comprende una obligación en sentido técnico que es la obligación de indemnizar al promisorio y que tiene como contenido una prestación de dar (una suma de dinero).

Adviértase que no es correcto pensar que esta relación jurídica de promesa tiene como característica principal la obligación de indemnizar, lo cual, como alguno ha señalado, está suspensivamente condicionada a la asunción de la obligación o a la ejecución del hecho del tercero. La asunción del riesgo por parte del promitente (o sea la posibilidad de que el tercero ejecute o no el hecho prometido) es el efecto principal y característico, y representa, en ninguna duda, una utilidad para el promisorio. Como dice Iñe (31), la utilidad existe en efecto, y consiste en una garantía, en una seguridad que desde el momento de la conclusión del contrato el promitente otorga al promisorio en el sentido que, de verificarse el evento temido por éste, el promitente le conferirá una indemnización. En general, una compensación que lo mantenga indemne, al menos parcialmente, del daño que experimenta. Por ello aún antes que el evento temido se verifique, existe la atribución de una utilidad por parte del promitente al promisorio, que

se produce por la asunción del riesgo que se teme, por parte del promitente. (31-2)

El interés del promisorio no se concentra principalmente en la obtención de la indemnización sino en transferir al promitente el riesgo que pesa sobre su esfera jurídica. Por eso, cuando las partes estipulan a cargo del promisorio una atribución patrimonial recíproca (supuesto de la promesa onerosa), ésta deberá pagarse al promitente aunque la obligación de indemnizar a cargo de éste no se devengue (porque el tercero ejecutó el hecho prometido). En este caso de promesa onerosa, los términos del sinalagma están constituidos por la asunción del riesgo a cargo del promitente y el pago de la prestación recíproca estipulada. Si la principal atribución a cargo del promitente fuera la prestación de indemnizar, el sinalagma estaría situado entre ella y la prestación recíproca pactada, y entonces el promisorio tendría derecho a repetir o en todo caso a no ejecutarla toda vez que la indemnización no se pagase por haber ejecutado el tercero el hecho prometido. (32)

Esto se puede observar con toda claridad en el contrato de seguro, figura en torno a la cual se han venido desarrollando estos conceptos. En el contrato de seguro el asegurado paga una suma de dinero llamada prima, a cambio del riesgo que asume la compañía de seguros, la cual además se obliga a pagar al primero una indemnización si se produce el siniestro. El asegurado no puede pretender que le restituyan la prima pagada si no ocurre el siniestro, y la explicación reside precisamente en que el asegurador de todas maneras asumió el riesgo. Esto explica porque en el caso en que se resuelve un contrato de seguro sin que haya tenido que pagarse la indemnización, el asegurado tampoco puede exigir la restitución de la prima en la parte proporcional al período en que estuvo vigente el seguro porque durante ese tiempo el riesgo fue aportado por el asegurador. Esto explica también porque el monto de la prima se fija en función del tipo de riesgo, de las probabilidades de que pueda ocurrir el siniestro, etc. (33)

Citas.

30. Manual, op. cit., t. VI, pág. 156.
31. Teoría General, cit., t. I, pág. 61.
- 31-2. Bigarri, E., op. cit., pág. 104.
32. Bigarri, E., op. cit., pág. 105-106.
33. Bigarri, E., op. cit., pág. 107.

Ahora bien, esta asunción de riesgo de la que tanto hemos hablado y la garantía o seguridad que mediante ella se otorga a la otra parte, que es la otra cara de la misma moneda, no pueden reconducirse a un dar o a un hacer o a un no hacer, que es el concepto tradicional de prestación (34) tal como ha sido elaborado por los pandectistas alemanes y recibido por la doctrina más generalizada y por nuestro derecho positivo (35), y que como ya se ha referido a ocasión de observar, está caracterizada por la dualidad "comportamiento-resultado" (36).

Por ello, la doctrina más avanzada ha ido perfilando la llamada prestación de garantía revitolando el concepto romano del *proseferre* (que concibieron los romanos al lado del *dare y del facere*) (37) para aglutinar a toda esta nueva categoría de relaciones caracterizadas por la atribución de una garantía por riesgos (que algunas como Barassi llaman garantías impropias) dentro de las cuales se incluyen, por ejemplo, aquellas que se refieren los artículos 1212, 1213, 1458 al comelas que nuestro código conoce con el nombre de Obligaciones de Saneamiento (arts. 1484 y siguientes).

Si bien como decíamos líneas atrás la obligación de indemnizar no es el aspecto más característico de esta relación, no puede en embargo dejarse en el olvido porque es, no obstante, esencial y sin ella no podría cumplir su función esta relación pues la obligación de indemnizar es la que permite mantener al promisorio a salvo del daño (indemne) si el tercero no ejecuta el hecho (riesgo asumido por el promisorio). Pero es muy dudosa la posición en que debe colocarse a esta obligación. Stoff y Briganli (38) admitiendo la distinción entre el débito y la responsabilidad, observan en la promesa del hecho ajeno un caso de responsabilidad sin débito, o mejor, de responsabilidad actual a lo cual se vincula un débito solamente eventual y futuro (la indemnización).

Sostener que existe una responsabilidad actual sin débito nos parece bastante discutible si se observa que el débito futuro (y eventual) forma parte de una obligación de indemnización que también está integrada inescindiblemente por un aspecto de responsabilidad cuyo funcionamiento opera si el promisorio no cumple con su deber de prestar la suma de dinero correspondiente, responsabilidad que, por lo demás, es propia de toda obligación.

Sin embargo, no puede dejarse de observarse que, en efecto, esta obligación de indemnidad es no sólo futura sino también eventual porque depende de que se produzca un daño en el promisorio y esto a su vez depende de que tenga lugar el evento temido (el tercero no ejecuta el hecho prometido). Por eso nos parece más razonable la posición que adopta Barassi para quien el riesgo que asume el promisorio y más específicamente el hecho de que el tercero no asuma la obligación o no ejecute el hecho prometido es un presupuesto esencial de la obligación de indemnizar (39).

Debe advertirse a estos efectos de la exposición que cuando se habla del contrato de promesa como de un contrato de garantía, o que genera una relación de garantía, no se pretende identificarla con la fianza, como han hecho algunos, y por ello se equivocan quienes afirmando que la promesa sea una fianza creen rebatir que la promesa es una garantía. Es cierto que el contrato de promesa no es un contrato de fianza y viceversa, lo que no quiere decir que el contrato de promesa no sea un contrato de garantía, y que desarrolle, al igual que la fianza, esa función (la de garantía). Así como la función del cambio puede desarrollarse en diversas formas, a través de diversos tipos contractuales (compraventa, permuta, etc.), también, la función de garantía puede actuar de diferentes maneras a través de distintos tipos contractuales. La fianza es una de esas posibilidades únicas. El contrato de seguro de crédito (tipo muy parecido a la fianza) y el seguro en general, así como el saneamiento son formas de actuar la función de garantía. El contrato de promesa es también un tipo de contrato de garantía. La diferencia entre la promesa y la fianza existe y es apreciada por la doctrina más autorizada. (40) Si el promisorio promete al promisorio el cumplimiento de una obligación a cargo de un tercero se trata de una fianza; en cambio, si el hecho que se promete no es el contenido de una obligación, se trata de una Promesa del Hecho Ajeno. De esto se deriva una ulterior diferencia: que el contrato de fianza siempre es un contrato accesorio, y en cambio el contrato de promesa es un contrato autónomo, aunque es claro que hay hipótesis en que la promesa puede ser estipulada como accesorio a otro contrato.

II CONSECUENCIAS DE LA POSICIÓN ADOPTADA.

Hechos dicho antes que de la posición que se adopte en torno a la

naturaleza jurídica de una institución depende la regulación que habrá de serle aplicable. Por eso, la importancia de los planteamientos y conclusiones a lo que hemos llegado trasciende largamente el plano de lo teórico y adquiere un incuestionable relieve práctico.

En primer lugar, como el hecho del tercero no es contenido de ninguna obligación, si no es ejecutado por el tercero no puede hablarse en ningún caso de incumplimiento del promisorio, como en cambio debe admitirse para el caso en que se pretenda que el promisorio asume una obligación con prestación de hacer (de medios o de resultados). Consecuentemente, ninguna de las efectos que se derivan del incumplimiento pueden aplicarse en estas circunstancias. Por ejemplo, si la promesa es onerosa (o de atribuciones recíprocas) y el tercero no ejecuta el hecho prometido, el promisorio no puede oponer al promisorio la excepción de incumplimiento. Tampoco podrá obtener la resolución por incumplimiento. Lo único que el promisorio podrá hacer en tal caso es exigir al promisorio el pago de la indemnización que corresponda y que se otorga por haber ocurrido el evento temido que, como hemos dicho, es presupuesto esencial de la obligación de indemnizar. Un verdadero incumplimiento si se produce con todas sus consecuencias si el promisorio no ejecuta su prestación indemnizatoria.

En segundo lugar, como el hecho prometido no es contenido de ninguna obligación, si tal hecho no se verifica no se produce la extinción ex art. 1316 de ninguna relación y el promisorio no puede eximirse de su obligación de indemnizar alegando caso fortuito o ausencia de culpa. El riesgo, en efecto, consiste precisamente en que el evento temido podría ocurrir en daño del promisorio, y la indemnización fue pactada para mantenerlo indemne en esa eventualidad y por ello no puede hablarse de imposibilidad sobreviniente ni de causa no imputable. Hay algunos autores que entienden que en ciertos casos, a pesar que el evento temido ocurre, el promisorio no debe pagar la indemnización. Se dan como ejemplos, entre otros, los casos en que el tercero fallece, diviene incapaz o les sobreviene por accidente un impedimento físico que le impide - aunque quisiera - ejecutar el hecho. Aún aceptando que esta solución fuese correcta, no significaría una aplicación de la teoría de la imposibilidad, sino más bien un problema relativo a la extensión de riesgo asumido por el promisorio. Por eso otros, con mejores argumentos en nuestro

opinión, entienden que aún en tales casos se debe la indemnización porque se ha verificado el evento en que el riesgo consistía, o sea, se considera que el riesgo cubre toda hipótesis que determine que el hecho del tercero no se ejecute, salvo que el riesgo se asuma en forma limitada, en cuyo caso deberá estarse a lo que hayan estipulado las partes. Quienes piensan en el otro sentido expuesto (que la indemnización no se debe en los supuestos señalados), indica Galdano (41), está influenciado por la teoría de la obligación con prestación de hacer. (42)

En tercer lugar, la indemnización que deba pagarse si el tercero no ejecuta el hecho no es por la ejecución de una obligación y por eso no le son aplicables las reglas relativas a este fenómeno. Esto significa que si el monto de la indemnización se pactara anticipadamente, caso que permite expresamente el art. 1472 de nuestro código, en ningún caso puede sostenerse que se trata de una cláusula penal susceptible de ser restituida en virtud de la norma prevista por el art. 1346.

Por otra parte, debe entenderse que el contrato de promesa, caracterizado por un riesgo que asume el promitente y que es, por definición, de ocurrencia incierta, es por esta razón aleatorio y no conmutativo. Entonces, le son aplicables las peculiares reglas que gobiernan los contratos aleatorios.

IV. LA PROMESA DEL HECHO AJENO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

No podemos concluir estas páginas sin determinar, mediante un breve análisis, cuál es la posición adoptada por nuestro Código Civil.

El art. 1470 establece la estructura de la promesa en los siguientes términos: "Se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente."

Nótese en primer término, que la disposición citada no expresa en ningún momento que exista una obligación con prestación de hacer a cargo del promitente, que consista en realizar la gestión o finalmente obtener que el tercero ejecute el hecho. Omisión que sería imperdonable si se pretendiera que una tal obligación es el efecto principal de la promesa. La única obligación a la que el precepto alude es la obligación de indemnizar (...) con cargo de que el promitente quede obligado a indem-

nizar (...) y la cual está prevista en términos eventuales porque su surgimiento depende de que no se ejecute el hecho prometido. No otra interpretación puede extraerse cuando se indica "... con cargo de que el promitente quede obligado ... si el tercero no asume ..." (el énfasis es agregado y pretende destacar la condicionalidad que la Ley utiliza).

Esclare entonces, que el promitente no asume una obligación con prestación de hacer sino más bien el riesgo de que el tercero no asuma la obligación o ejecute el hecho del que finalmente depende el surgimiento (presupuesto) de la obligación de indemnizar.

Para disipar finalmente cualquier duda, el art. 1471 aclara que en cualquiera de los casos del art. 1470 la indemnización sustituye el hecho del tercero. Este artículo expresa que en todo caso en que el hecho del tercero no se ejecuta, la indemnización debe pagarse, lo que confirma que no juega aquí ningún rol, el problema de la imposibilidad sobreviniente de la concreción de responsabilidad por causa no imputable.

Sin embargo, debe reconocerse que alguna confusión introduce el art. 1471 cuando llama prestación sustitutoria a lo que en realidad es una prestación indemnizatoria. No es que la indemnización sustituya a otra prestación (de hacer) consistente en el hecho del tercero, sino, más bien, que tiene la función de mantener indemna al promisorio del daño que pueda experimentar si el tercero no ejecuta el hecho prometido. De indemnización por lo demás hablan tanto el art. 1470 como el art. 1472.

Un último argumento nos parece también importante. Si la promesa de la obligación o del hecho de un tercero generara como efecto principal una obligación con prestación de hacer a cargo del promitente, no tendría ningún sentido que el código le dedique tres artículos en un título específico, porque semejante obligación se regularía por las normas que gobiernan a las obligaciones y, en particular a aquellas con prestación de hacer. Sería un contrato de locación de servicios o de obra común y corriente. La independencia sistemática que el código le otorga a la figura, permite inferir también que se trata de una categoría distinta que justifica una regulación también diferente.

Como corolario de esta exposición creemos que puede afirmarse que la promesa del hecho ajeno es una garantía que otorga el promitente al

promisorio asumiendo el riesgo de que el tercero no ejecute el hecho y obligándose a indemnizar al promisorio en tal caso. Puede afirmarse también que esa es la posición adoptada por el código peruano.

Hay muchos otros aspectos relativos al contrato de promesa que la naturaleza de este trabajo y el espacio del que disponemos nos permiten abordar ahora. Por eso, hemos buscado sólo estudiar la problemática de la naturaleza jurídica, reservado para el futuro otras cuestiones también de interés.

Citas:

34. Briganti, E., op. cit., pág. 106; Di Majo, Adolfo, *Delle Obligazioni in Generale*, cit., pág. 116; Betti, E., *Teoria Generale*, cit., t. I, pág. 43.

35. Si bien es cierto que nuestro Código vigente no contiene (al menos el de 1936) una norma tan explícita como la del art. 1220 del Código Civil de 1852, es evidente que ha admitido en líneas generales el mismo concepto (El art. 1220 del Código de 1852 dice: "El objeto de toda obligación es dar, hacer o no hacer alguna cosa").

36. Como observa Di Majo, op. cit., pág. 116, con el término prestación se hace referencia a la consecución de un resultado (entendido como realización del interés del actor) pero a través del comportamiento finalizado del deudor.

37. Betti, E., *Teoria Generale*, cit., t. I, pág. 44; Rescigno, Pietro, *Enciclopedia del Diritto*, Vol. *Obbligazione* (derecho privado), cit., pág. 189 - 190; Di Majo, A., *Op. Cit.*, pág. 114.

38. *Op. Cit.*, pág. 110.

39. Barosi, L., *Institutiones*, cit., pág. 172.

40. Galdano, F., *Diritto Civile e*, cit., Vol. sec., Tomo primo, pág. 414.

41. *Diritto Civile e*, cit., Vol. sec., Tomo primo, pág. 413, nota 19.

42. No puede dejar de advertirse que la opinión de Aron Schreiber en este aspecto es incompatible con la posición que él asume en torno a la naturaleza de la promesa. En efecto, este autor entiende que "la obligación del promitente es una obligación de hacer, de realizar una actividad propia dirigida a que el tercero se obligue o efectúe el hecho prometido" (Rescigno, T., *Studi*, línea. 1966, pág. 284), pero luego expresa que si la duración de la obligación o la ejecución del hecho resultasen imposibles porque el tercero fallece, "En todos estos hipótesis está libre de responsabilidad para el promitente, por la naturaleza misma de la promesa" (*Op. Cit.*, pág. 286). Sería entonces una obligación a la que no se aplican las normas más elementales de la teoría de las obligaciones y concretamente los arts. 1156, 1316, 1316, 1317 del código civil.