

SIGNIFICACIÓN Y FUNCIONES DE LA PROMESA EN EL DERECHO

Rosa M.^a MONTORO RUEDA

Universidad de Murcia
romorueda@hotmail.com

I. NOCIÓN DE PROMESA, ELEMENTOS Y EFECTOS DE LA MISMA

1. **Noción y efectos de la promesa**

Ante todo la promesa se configura como una institución religiosa y moral consistente en el ofrecimiento voluntario que una persona hace a Dios o a sus santos de ejecutar una obra buena o piadosa con el fin de obtener una gracia¹. Obtenida la gracia, la promesa genera la obligación religiosa y moral de su cumplimiento. Siendo esto así, la significación y alcance de la promesa no se circunscribe a los ámbitos religioso y moral, sino que penetra y despliega su eficacia vinculante en el campo del Derecho, tanto público como privado, apareciendo así la promesa como institución jurídica.

Desde el punto de vista del Derecho, la promesa puede definirse como una declaración unilateral de voluntad, seria y definitiva mediante la cual una persona expresa libremente la intención o deseo de, en un tiempo futuro y mediando, por lo general, ciertas condiciones, dar a otra persona alguna cosa o realizar en su favor (o en el de un tercero) cierto acto, prestación o servicio. El reverso de esa declaración de voluntad puede consistir en no dar o no hacer algo a favor de otro. Desde el punto de vista estrictamente jurídico el problema fundamental y más discutido es el de dilucidar si la promesa puede configurarse en el ordenamiento jurídico como fuente de obligaciones. En este sentido hay que advertir que la doctrina e incluso la misma legislación han experimentado una evolución.

La doctrina tradicional más generalizada rechazaba la hipótesis de que la declaración unilateral de voluntad de una persona pudiese gene-

¹ A. ROYO MARÍN, voz «Promesa» (Teología Moral), en *Gran Enciclopedia Rialp*, t. XIX, Madrid, 1974, pp. 240 y 241.

rar una obligación. Lo más común era la tesis de que la declaración de voluntad de una persona no genera obligación alguna hasta que no es aceptada por otra persona. Así sucede en el ámbito del Derecho canónico con la promesa de matrimonio. La promesa unilateral de matrimonio no genera obligación alguna si no hay aceptación de la otra parte. Cuando se produce la aceptación surge la obligación en virtud del acuerdo de voluntades en que consisten los esponsales (*sponsalia*)². Similar posición es la mantenida por A. Reinach al ocuparse del tema de la promesa³. Según Reinach, la promesa genera obligación cuando ella es conocida y aceptada por el destinatario⁴. Desde una perspectiva histórica Reinach expone algunas teorías, a veces ingeniosas, que tratan de explicar las condiciones y requisitos que deben darse para que la promesa genere obligaciones. En este sentido Reinach estudia la teoría nominalista de David Hume⁵, la teoría psicológica de Theodor Lipps⁶ y la teoría de la consecuencia de W. Schuppe⁷.

Sin tanto artificio la doctrina jurídica más actual se ha manifestado a favor del reconocimiento de la declaración unilateral (y, por tanto, de la promesa) como fuente de obligaciones. Pasos decisivos han supuesto en este sentido las aportaciones de Ossorio Morales⁸, Díez-Picazo⁹, Hernández Gil¹⁰ y Lalaguna¹¹. Con todo, la posición más clara y abierta, en la consideración de la promesa como fuente de obligaciones, es la representada por Beltrán de Heredia, quien comenta la proximidad entre las posiciones de Lalaguna y Díez-Picazo, pero apunta más allá de ellas. Su comentario es el siguiente: «Ciertamente, las consideraciones de Lalaguna y Díez-Picazo en torno a la causa como elemento importante en la fundamentación de la fuerza vinculante de la declaración unilateral de voluntad son importan-

² F. DELLA ROCA, *Manual de Derecho Canónico*, t. I, Madrid, 1962, pp. 346 y 347, y E. MONTERO Y GUTIÉRREZ, *El matrimonio y las causas matrimoniales*, Madrid, 1954, p. 81.

³ A. REINACH, *Los fundamentos apriorísticos del Derecho civil*, Barcelona, 1934, pp. 55 y ss., y 62 y ss.

⁴ *Ibid.*, pp. 56, 58 y 62-65.

⁵ *Ibid.*, pp. 72 y ss.

⁶ *Ibid.*, pp. 77 y ss.

⁷ *Ibid.*, pp. 83 y ss.

⁸ J. OSSORIO MORALES, *Lecciones de Derecho Civil (Obligaciones y contratos. Parte general)*, Granada, 1956, p. 107.

⁹ L. Díez PICAZO, «Las declaraciones de voluntad como fuente de obligaciones (en torno a la Sentencia de 3 de febrero de 1973)», en *Anuario de Derecho Civil*, t. XXVII, fasc. III, 1974, pp. 456-465.

¹⁰ A. HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1983, pp. 246 y ss.

¹¹ E. LALAGUNA, «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», en *Revista de Derecho Privado*, 1975, p. 809.

tes pero no descarta en esta finalidad de fundamento, como hace Lalaguna, ni el poder de una voluntad autónoma, ni la declaración de voluntad al ser emitida»¹². Añadiendo que, en su opinión, «se complementan y refuerzan el argumento causal, que es más jurídico» con el poder de la voluntad autónoma y la declaración de voluntad al ser emitida¹³.

Beltrán de Heredia, dando por comúnmente admitido que el art. 1.089 del Código Civil enumera sin criterio de *numerus clausus* las fuentes de las obligaciones¹⁴, defiende la posibilidad de que la declaración unilateral de voluntad sea fuente de obligaciones en los siguientes términos: «No nos engañemos, la cuestión hay que plantearla en sus términos exactos y claros: la declaración unilateral de voluntad ¿es fuente de obligaciones? Hay que repetir por última vez una opinión muy generalizada: A) El art. 1.089 no impone un sistema de *numerus clausus* en materia de fuentes de obligaciones. B) No hay ningún artículo en el que expresamente se admita esta nueva fuente de obligaciones; hay artículos, el 1.901 y el 1, en los que el intérprete puede encontrar un punto de partida inicial. C) Hay numerosos casos concretos que la doctrina admite como supuestos de fuentes de obligaciones nacidas por vía de declaración unilateral de voluntad. D) La realidad social ofrece, e irá aumentando, los supuestos hasta ahora contemplados y ya admitidos». Ante esta panorámica —se pregunta Beltrán de Heredia— ¿se puede admitir con carácter de generalidad, y no meramente enunciativa de algunos supuestos, la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones? Y añade: «Se observa en la doctrina como un cierto deseo —coexistiendo con un cierto temor— a contestar rotundamente en sentido afirmativo. La solución al problema que estoy estudiando —añade Beltrán de Heredia— no tiene que venir necesariamente por la vía de una admisión legislativa. Hay una jurisprudencia, ciertamente vacilante, confusa e intermitente, pero apunta tendencias y deseos. Hay una investigación científica y, en consecuencia, una corriente proclive a admitir la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones para dar respuesta a una realidad social».

«El silencio del art. 1.089 y la posible laguna legal se puede suplir acudiendo al sistema de fuentes del Derecho. Yo no veo ningún inconveniente —continúa Beltrán de Heredia— en entender la palabra *ley* del art. 1.089 en un sentido amplio como comprensiva del total ordenamiento jurídico

¹² P. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *La obligación (concepto, estructura y fuentes)*, Madrid, 1990, p. 127.

¹³ *Ibid.*, p. 127.

¹⁴ *Ibid.*

y como comprensivo de nuestro sistema de fuentes del Derecho donde se encuentra la fundamentación positiva de la admisión de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones»¹⁵.

Para concluir y para poner de relieve la coherencia de la consideración de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones con nuestro ordenamiento jurídico, Beltrán de Heredia se remite a la ley 521 de la Compilación del Derecho Civil de Navarra, que dice: «Toda promesa sobre cosa y bajo condición lícita obliga al que la hace desde que es objeto de publicación suficiente, aunque nadie haya notificado su aceptación. Si el promitente no hubiere fijado plazo, se entenderá mantenida la oferta durante el tiempo que parezca necesario según arbitrio del juez. Si una persona determinada hubiere notificado al promitente su aceptación antes de caducar la oferta, ésta se entenderá mantenida respecto al aceptante durante un año y un día, a no ser que en el momento de la aceptación se hubiere convenido otro plazo»¹⁶.

En sentido análogo al profesor Beltrán de Heredia, y de forma más contundente y lacónica, se manifiesta el profesor C. Rogel Vide quien afirma: «En clave de negocio, cabe plantearse si —con el Código Civil en la mano— es posible crear una relación obligatoria por obra y gracia de un negocio jurídico unilateral mediante una declaración unilateral de voluntad, pensando, sobre todo, en la promesa pública de recompensa, instituto conocido desde Roma. Los autores, aquí, están divididos. Para unos, la respuesta es negativa por entender imprescindible, para que la obligación surja, la aceptación del destinatario de la promesa, aunque sea tácita o presunta; ni siquiera —dicen, con los arts. 618 y 629 del Código Civil en la mano— la donación obliga al donante en tanto que no concurre la voluntad del donatario aceptando. Para otros —puede que los más atinados—, la respuesta ha de ser afirmativa por entender que, excepcionalmente, cabe predicar la eficacia de las promesas unilaterales sin necesidad de que medie aceptación alguna, dado que la promesa —que vincula a quien la hace— no busca tanto una declaración de voluntad de aceptación cuando la efectiva ejecución de los actos queridos, del resultado apetecido por aquél, incluso aunque tal resultado se haya logrado, tales actos se hayan llevado a cabo sin tener en cuenta la promesa o incluso sin tener conocimiento de ella, con lo cual mal podría hablarse de aceptación, ni siquiera tácita»¹⁷.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 128 y 129.

¹⁶ *Ibid.*, p. 131.

¹⁷ C. ROGEL VIDE, *Derecho de obligaciones y contratos*, Barcelona, 1997, pp. 15 y 16.

Por último nos encontramos en el Derecho comunitario europeo *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos* (versión revisada y completada de 1998), los cuales en su Capítulo II, Sección 1, y en relación con las promesas vinculantes sin aceptación, dispone en su art. 2.107: «Una promesa realizada con la voluntad de quedar legalmente vinculado sin aceptación es vinculante»¹⁸.

2. Forma, elementos y requisitos de la promesa

La promesa jurídica puede revestir dos formas: la incondicionada y la condicionada. La promesa jurídica incondicionada consiste en una proposición asertiva o aseverativa mediante la cual una persona, en virtud de su libre declaración de voluntad, se compromete sin más a dar a otra persona alguna cosa o a realizar en su favor (o en el de un tercero) cierto acto, prestación o servicio. Por ejemplo: «Prometo nombrarte heredero de todos o parte de mis bienes». En la promesa jurídica condicionada la eficacia de la libre declaración de voluntad de dar una cosa a una persona o realizar en su favor determinada prestación aparece supeditada al cumplimiento de una condición (hecho futuro e incierto). Por ejemplo: te nombraré mi heredero cuando concluyas tus estudios de Derecho o si contraes matrimonio antes de cumplir cuarenta años. Por lo que se refiere a su forma, la promesa puede ser oral o escrita, pública o privada.

Los elementos constitutivos de la promesa están en función de la forma que adopte la misma. Así, en la promesa incondicionada su elemento constitutivo esencial es la libre declaración de voluntad mediante la cual se promete algo. En la promesa condicionada sus elementos constitutivos son dos: la libre declaración de voluntad del promitente y la condición, de cuyo cumplimiento se hace depender el nacimiento de la obligación del promitente de cumplir lo prometido.

Para que la promesa jurídica sea válida y, por tanto, produzca el nacimiento de una verdadera obligación jurídica, ésta ha de reunir, además de sus elementos esenciales constitutivos, determinadas notas o requisitos que son exigencias de la justicia y de la seguridad jurídica en cuanto fines del Derecho. En este sentido, y en cuanto exigencia de la justicia, la promesa debe reunir, entre otros requisitos: 1.º Que lo prometido sea éticamen-

¹⁸ L. DÍEZ-PICAZO, E. ROCA TRÍAS y A. MORALES, *Los principios del Derecho europeo de los contratos*, Madrid, 2002, pp. 29 y 185.

te lícito. Esto es, que no sea contrario a la moral, a las leyes, ni a las buenas costumbres. 2.º Que la declaración de voluntad en que consiste la promesa no esté afectada por los vicios del consentimiento que recoge el art. 1.265 CC según el cual: «Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo». Respecto de la seguridad jurídica, en cuanto fin del Derecho, ésta exige, entre otras cosas: 1.º Que la promesa sea hecha con seriedad y firmeza. 2.º Que sea cierta y segura, expresada de forma clara e indubitable en cuanto a su contenido. En este sentido la seguridad jurídica requiere que la promesa se haga de forma clara y escrita. La escritura permitirá constatar fácilmente su existencia 3.º Que su contenido sea físicamente posible. 4.º Alguna promesa (como la de recompensa a persona indeterminada) ha de hacerse públicamente. 5.º Debe determinarse con claridad el periodo de vigencia de la promesa bien expresamente al formularla y, en su defecto, mediante un sano y recto juicio prudencial.

Ello supone la fijación clara y precisa de circunstancias, entre las cuales se encuentran: momento de nacimiento de la promesa, que, mientras no se diga otra cosa, hay que entender que es el de la fecha del escrito, privado o público, en el que se hace constar la promesa. Ámbito de validez temporal (vigencia). Por la propia naturaleza de la promesa ésta debe ser mantenida durante el tiempo preciso para que, según su naturaleza y contenido, pueda razonablemente cumplir su finalidad. En el supuesto de la promesa condicional, la vigencia de la misma viene marcada por el plazo que supone la condición. El momento de extinción de la promesa viene marcado, en primer lugar, por el cumplimiento de la promesa por el promitente. A ello hay que añadir el cumplimiento del plazo en las promesas condicionadas y el concurso de otras circunstancias, como son las causas de extinción de las obligaciones, entre las que cabe destacar: la revocación hecha de acuerdo con el Derecho, la renuncia del destinatario de la promesa, la imposibilidad sobrevenida, como, por ejemplo, la pérdida o la destrucción de la cosa prometida, la muerte del promitente, etc.

II. NATURALEZA JURÍDICA, EFECTOS, FUNCIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DE LA PROMESA

1. Naturaleza jurídica

La promesa jurídica, en cuanto libre declaración de la voluntad de una persona de dar o hacer algo, en tiempo futuro, y a favor de otra perso-

na (física o jurídica) constituye un negocio jurídico unilateral (en aquellos supuestos en los que su validez no requiere la aceptación de otra persona) o bilateral o contrato (cuando se precisa la aceptación de otro —promesa recepticia—) que opera en el tráfico jurídico como fuente de obligaciones.

En el supuesto de que la promesa sea condicional, el negocio jurídico constituido por la misma tendrá un carácter aleatorio. Cuando la promesa requiera para su validez la aceptación de otra persona (supuesto de la promesa de matrimonio), la promesa da lugar al nacimiento de un contrato. De este modo puede afirmarse que promesa y contrato son dos instituciones diferenciadas, cada una de las cuales posee su naturaleza e identidad propias, si bien, por la dinámica misma de la vida jurídica, en determinados supuestos promesa y contrato se encuentran orgánicamente vinculados, configurándose la promesa, en determinados supuestos, como la raíz o el germen del contrato.

2. Efectos jurídicos de la promesa

Desde el punto de vista jurídico, el efecto fundamental de la promesa es el de generar el nacimiento de una o varias obligaciones jurídicas a partir del momento que se fija en la declaración de voluntad o en que se cumpla la condición impuesta por el promitente en el caso de las promesas condicionadas.

Ello significa, como ya se ha advertido, que las fuentes de las obligaciones no están determinadas mediante una fórmula cerrada, como aparentemente establece nuestro Código Civil en su art. 1.089, sino que dichas fuentes han de deducirse del conjunto de las disposiciones del Código, en particular, y del ordenamiento jurídico, en general. En este sentido entendía el profesor Candil Calvo: «Los actos jurídicos, en sus dos formas bilaterales y unilaterales, son las fuentes más abundantes de obligaciones»; de éstos destacan los contratos como fuentes de obligaciones y junto a ellos «ciertas promesas de carácter unilateral obligatorio», que regula el Código Civil alemán, y entre las que se encuentra «la promesa de recompensa a persona indeterminada» (§§ 657-661)¹⁹.

¹⁹ F. CANDIL CALVO, «Naturaleza jurídica de la promesa de recompensa a persona indeterminada», en *Anales de la Junta para la Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas*, t. XIII, Memoria 3.^a, Madrid, 1914, p. 312.

Con el fin de perfilar y precisar los efectos jurídicos de la promesa, especialmente en relación con la promesa de contrato, el profesor Castán Tobeñas ha formulado las siguientes reglas: «1.^a El que resultó obligado (promitente) no podrá a su arbitrio sustituir el cumplimiento de la prestación con el resarcimiento, porque su obligación es simple, no alternativa. A su vez, el acreedor (promisario) tampoco podrá pedir ese resarcimiento mientras sea posible la celebración del contrato definitivo. 2.^a Puede estimarse que los derechos derivados del contrato preliminar son, en principio, transmisibles, salvo que se hubiese celebrado este contrato en consideración de las personas (*intuitu personae*) o el acreedor de la promesa haya de asumir, por su parte, obligaciones en el contrato definitivo; pero el punto es muy discutido 3.^a En la promesa no rige la regla de que la cosa perece para el acreedor, porque de ser aplicable tal norma más bien que una promesa habría un contrato aleatorio. 4.^a La promesa sólo produce efectos de carácter personal: no concede al acreedor derecho real de ninguna clase, ni es inscribible en el Registro de la Propiedad, a menos que esté garantizada con hipoteca»²⁰.

3. Función de la promesa en el tráfico jurídico

Dentro de la estructura y dinámica del tráfico jurídico la institución de la promesa (bajo las distintas formas y especies) constituye uno de los principales motores y arterias de la vida del Derecho, ya que, como indicó Federico de Castro, casi todos los contratos deben ser objeto de promesa²¹. En el Derecho la promesa cumple, ante todo, la función de constituir una fuente de obligaciones y de operar como supuesto de una clase, de una pluralidad de situaciones jurídicas y de negocios jurídicos, tanto unilaterales como bilaterales.

Debe subrayarse además que la promesa puede y debe operar como una garantía, moral y jurídica, del cumplimiento del Derecho y de las obligaciones generadas dentro del mismo, según la tesis formulada por Jellinek, al ocuparse de las garantías de los derechos, distinguiendo entre garantías jurídicas, políticas y sociales (donde entraría en juego la promesa en su dimensión moral)²².

²⁰ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. 4, Madrid, 1993, p. 39.

²¹ F. CASTRO Y BRAVO, «La promesa del contrato (algunas notas para su estudio)», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. III, fasc. 3.º, junio-septiembre de 1950, pp. 117 y ss.

²² G. JELLINECK, *Teoría General del Estado*, trad. esp. de la 2.^a ed. alemana y prólogo de F. DE LOS RÍOS, Buenos Aires, 1978, pp. 591 y ss.

4. Fundamentación de la promesa

La promesa, en cuanto fuente de las obligaciones, posee una fundamentación plural. Entre los supuestos en los que se fundamenta la promesa cabe destacar:

A. *La buena fe y el Derecho consuetudinario*

El fundamento de la promesa hay que buscarlo en la buena fe, asentada en el valor tradicionalmente otorgado a la «palabra dada», así como en el Derecho consuetudinario, en el que palpita la convicción de que la promesa formalmente hecha, y sobre todo si se ha hecho en público y consta por escrito, debía cumplirse. En el ámbito del Derecho mercantil el profesor Garrigues opina, en relación con la promesa de contrato, que «la posibilidad de hacer una oferta a persona ausente y después revocarla sin responsabilidad alguna antes de que el destinatario tuviera tiempo de aceptarla iría contra los principios de la buena fe y de la seriedad que deben imperar en el tráfico»²³.

B. *El principio de autonomía de la voluntad*

Sobre todo a partir de la Revolución Francesa y del triunfo del Derecho civil liberal, el principio de la autonomía de la voluntad constituye uno de los fundamentos más claros y radicales de la validez de la promesa como fuente de obligaciones. Desde estos supuestos la promesa, cuando no precisa para su validez de la aceptación de su destinatario, se configura como un negocio jurídico unilateral que, entre sus efectos, cuenta con el de la virtualidad de generar obligaciones jurídicas.

C. *El Derecho legal*

Desde la aparición del Estado moderno soberano, y, en especial, a partir de la Revolución Francesa, la ley, expresión de la «voluntad general» (Rous-

²³ J. OSSORIO MORALES, *op. cit.*, p. 108. *Vid.* también J. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1979, pp. 14 y ss.

seau), constituye la forma suprema de manifestación del Derecho y, simultáneamente, la fuente primaria de las obligaciones jurídicas, en la cual encuentra plenamente su legitimación la promesa como fuente de obligaciones.

III. ÁMBITO DE VALIDEZ DE LA PROMESA COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

El Derecho, en cuanto sistema normativo (ordenamiento jurídico), tiene como función ordenar y perfeccionar un sector del orden de la vida (orden social). Ese sector del orden social que el Derecho regula, ordena y perfecciona, cuando alcanza el momento de su eficacia constituye lo que denominamos orden jurídico.

En la ejecución de esa tarea ordenadora el Derecho se sirve de múltiples instituciones y técnicas, entre las cuales se encuentra la institución de la promesa.

La función de ordenación y perfeccionamiento del orden social por parte del Derecho es plural y compleja, puesto que implica el reconocimiento y la asignación a cada persona, a cada cosa y a cada relación jurídica intersubjetiva de una situación o status, del lugar que por su naturaleza y función le corresponde dentro de la economía de la vida total del orden jurídico²⁴.

Desde esta perspectiva cabe distinguir los siguientes aspectos o dimensiones constitutivos del orden jurídico:

1. Situación jurídica de las personas y de algunos de sus actos

El Derecho, y concretamente la institución de la promesa jurídica, contribuye a fijar y definir el *status* o situación de las personas dentro del orden jurídico, tanto público como privado.

Así, en el ámbito del Derecho público podemos distinguir:

En primer lugar, la promesa de autoridades y cargos públicos. Aquí cabe destacar la promesa solemne (como alternativa al juramento) que la ley exige a las autoridades políticas, judiciales y funcionarios públicos en general, como requisito necesario para tomar posesión de su cargo. Dicha

²⁴ A. MONTORO BALLESTEROS, *Sistema de teoría fundamental del Derecho*, t. I, Valencia, 1999, pp. 68 y ss.

promesa constituye una declaración u ofrecimiento solemne que compromete el honor, pero no la fe, a diferencia del juramento, y de la que nace para el promitente la obligación de cumplir estricta y fielmente los deberes del cargo o función que va a ejercer²⁵.

En segundo lugar, y respecto a la promesa en el Derecho penal, nos encontramos con la promesa como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, por un lado, y como elemento constitutivo de ciertos tipos penales, por otro.

Efectivamente, la intervención de la promesa ha sido considerada tradicionalmente por el Código Penal como una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal. En este sentido, y en la línea de pensamiento de una larga tradición político-criminal, el anterior Código Penal (texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre) establecía en su art. 10: «Son circunstancias agravantes: [...] cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa». El vigente Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) también considera la promesa como circunstancia agravante (art. 22.3).

Respecto a la promesa para delinquir, entiende la doctrina que todo estímulo monetario o de cualquier otra índole que se ofrezca sería y eficaz-

²⁵ La mencionada promesa o juramento, en su caso (dejando aparte la exigida al rey antes de su proclamación), aparece regulada en el Real Decreto de 5 de abril de 1979 (BOE, núm. 83, de 6 de abril de 1979). Su tenor es el siguiente: «Artículo 1.º En el acto de toma de posesión de cargos o funciones públicas en la Administración, quien haya de dar posesión formulará al designado la siguiente pregunta: “¿Juráis o prometéis por vuestra conciencia y honor cumplir fielmente las obligaciones del cargo [...] con lealtad al Rey, y guardar y hacer guardar la Constitución (R. 1978, 2836) como norma fundamental del Estado?”. Esta pregunta será contestada por quien haya de tomar posesión como una simple afirmativa. La fórmula anterior podrá ser sustituida por el juramento o promesa prestado personalmente por quien va a tomar posesión de cumplir fielmente las obligaciones del cargo con lealtad al rey y de guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado. Artículo 2.º Los vicepresidentes, ministros y demás miembros del gobierno prestarán ante el rey el juramento o promesa en la forma establecida en el artículo anterior, refiriéndolo también a la obligación de mantener secreto de las deliberaciones del Consejo de Ministros». Sobre este tema *vid.* M. A. APARICIO PÉREZ, «Justicia constitucional. El acatamiento a la Constitución, requisito de la condición plena del parlamentario (comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional de 18 de noviembre y 16 de diciembre de 1983)», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1985, en especial pp. 1047, 1054 y ss., y 1058 y ss.; F. FERNÁNDEZ SEGADO, «El acatamiento de la Constitución por los parlamentarios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», en *Estudios en homenaje al profesor Carlos G. Otero Díaz*, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, pp. 518-529; A. GARRORENA MORALES, *Representación política, elecciones generales y procesos de confianza en la España actual*, Madrid, 1994, en especial pp. 23 y ss., y J. L. SOLOZÁBAL ECHEVERRÍA, «Juramento o promesa de la Constitución», en M. ARAGÓN REYES (coord.), *Temas básicos de Derecho constitucional*, t. I, Madrid, 2001, pp. 51 y ss.

mente para cometer un delito constituye circunstancia agravante para el autor que lo comete y para el inductor que formula la promesa.

Hay que hacer mención de la promesa como elemento constitutivo de ciertos tipos penales. De este modo, encontramos diversos supuestos en nuestro Derecho positivo. Así, respecto al tipo penal del asesinato establecía el anterior CP (art. 406) que «es reo de asesinato el que matare a una persona concurriendo alguna de las circunstancias siguientes», entre las que enumera (2.^a) el haber dado muerte a otra persona «por precio, recompensa o promesa». Esta línea de pensamiento se mantiene en el vigente CP, el cual en su art. 139 dispone que «será castigado con la pena de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: [...] 2.^a por precio, recompensa o promesa».

Otro caso es el tipo penal del estupro que ha desaparecido del vigente CP apareciendo en él diferentes tipos penales entre los que destacan los abusos sexuales, tal como aparecen tipificados en los arts. 181 y ss. En dicho tipo tiene cabida también la promesa engañosa como medio para conseguir el acceso carnal con mujer menor de edad en determinados supuestos. Así dispone su art. 183.1: «El que interviniendo engaño (una especie de engaño sería la falsa promesa de matrimonio) cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis será castigado con la pena de prisión de uno a dos años o multa de doce a veinte meses».

La promesa se configura también como un elemento constitutivo del tipo penal consistente en maquinaciones para alterar el precio de las cosas (art. 539 CP anterior). Dicho delito bajo el título «De la alteración de precios en concursos y subastas públicas» aparece tipificado en el art. 262 del vigente CP que también hace referencia expresa a la promesa²⁶. Respecto del delito de cohecho, la promesa aparece como elemento constitu-

²⁶ Dispone dicho precepto: «Artículo 262.1. Los que solicitaren dádivas o promesa para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas o promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena prisión de uno a tres años o multa de doce a veinticuatro meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un periodo de tres a cinco años. 2. El juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el art. 129 si el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades».

tivo tanto en el anterior CP (arts. 385 y 386)²⁷ como en el vigente (en su art. 419)²⁸. Igualmente la promesa aparece como posible ingrediente del delito de tráfico de influencias. En este sentido tenemos lo dispuesto en el art. 430 del vigente CP²⁹.

Pasando al ámbito del Derecho privado, la promesa cumple una función instrumental cuya eficacia se despliega en relación con la situación jurídica de las personas y de las cosas, así como en la constitución y desenvolvimiento del tráfico jurídico negocial. En este ámbito, la virtualidad de la promesa se pone de manifiesto, por ejemplo, en las siguientes promesas:

En primer lugar, la promesa de matrimonio. Aquí hay que distinguir dos supuestos: el matrimonio canónico y el matrimonio civil. En el primer caso, la promesa de futuro matrimonio aparece contemplada en el anterior Código de Derecho Canónico (promulgado por Benedicto XV en 1917), pudiendo ser, según el canon 1017, unilateral y bilateral. Ésta supone aceptación por una de las partes de la promesa de matrimonio hecha por la otra y da lugar al contrato de esponsales. Como comenta Della Rocca: «El contrato de esponsales, válidamente concluido, obliga a realizar el matrimonio (*obligatio ad faciendum; pactum de contrayendo*). Sin embargo, en caso de

²⁷ Dichos artículos prescribían: «Artículo 385. El funcionario público que solicitare o recibiere, por sí o por persona intermedia, dádiva o presente, o aceptare ofrecimiento o promesa por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo que constituya delito, será castigado con las penas de prisión menor y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa. Artículo 386. El funcionario público que solicitare o recibiere, por sí o por persona intermedia, dádiva o presente, o aceptare ofrecimiento o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y que lo ejecutare, incurrirá en la pena de prisión menor y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva; si el acto injusto no llegare a ejecutarse, se impondrán las penas de arresto mayor y multa del tanto al duplo del valor de la dádiva».

²⁸ El art. 419 dispone: «La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa». *Vid.* los arts. 420 y ss.

²⁹ El mencionado art. 430 dispone lo siguiente: «Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo, la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años».

incumplimiento, la parte perjudicada no tiene acción para constreñir a la otra parte a la celebración del matrimonio, ni mucho menos para impedir el matrimonio de quien no cumplió, con una tercera persona, y esto en virtud del principio de la libertad del consentimiento matrimonial. La parte perjudicada sólo puede actuar en juicio para obtener el resarcimiento de los daños (c. 1017, § 3)»³⁰.

El vigente Código de Derecho Canónico de 1983 (Juan Pablo II) parte del supuesto de que «el matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir» (canon 1057.1, párrafo 1.^o). Desde esta base entiende el Código que «la promesa de matrimonio, tanto unilateral como bilateral, a la que se llama esponsales, se rige por el Derecho particular que haya establecido la Conferencia Episcopal, teniendo en cuenta las costumbres y las leyes civiles si las hay» (c. 1062, § 1), En su § 2 añade el mencionado precepto: «La promesa de matrimonio no da origen a una acción para pedir la celebración del mismo, pero sí para el resarcimiento de daños, si en algún modo es debido».

En el caso del matrimonio civil, el Código Civil dispone en su art. 42 que la promesa cierta de matrimonio «no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de no celebración». Añadiendo que «no se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento». No obstante lo prescrito, establece el art. 43 que «el incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido»³¹.

En segundo lugar, el Derecho privado contempla la promesa de adopción. Es la que realiza, por ejemplo, una persona amiga a un padre o a una madre gravemente enferma y con un hijo menor o incapacitado, o la promesa de una persona mayor y sin familia que hace a una persona joven con el fin de que conviva con ella y le auxilie. La adopción es objeto de una específica y estricta regulación jurídica, dando lugar a un especial procedimiento jurídico en el que interviene la autoridad judicial. La adopción (arts. 175 y ss. CC) constituye un negocio jurídico de Derecho de Familia que hace nacer una relación de filiación entre adoptante y adoptado que

³⁰ F. DELLA ROCCA, *op. cit.*, pp. 346 y 347.

³¹ Cfr. A. DE COSSÍO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho Civil*, t. II, Madrid, 1988, p. 386.

surte los mismos efectos que la filiación por naturaleza³². Para su validez, la promesa de adopción puede hacerse en documento privado o público.

En tercer y último lugar, hay que recordar el papel de la promesa en el Derecho sucesorio. Aquí se configura la promesa como instrumento jurídico adecuado para instituir heredera o legataria a una determinada persona.

También existe la promesa de mejora a alguno o algunos de los herederos (arts. 823 y ss. CC). Para su validez estas promesas pueden estar recogidas en documento privado y, en última instancia, en escritura pública. En el supuesto de que fuesen recogidas en testamento, que es lo más seguro, desaparecería ya la institución de la promesa.

2. Situación jurídica de las cosas

La promesa posee también un amplio margen de posibilidades en el ámbito de los derechos reales. En este sentido cabe mencionar la promesa de constituir una servidumbre predial o personal sobre determinado predio; de constituir un usufructo sobre una finca rústica o urbana a favor de determinada persona, o de gravar un determinado bien con hipoteca o prenda como garantía de un préstamo³³. Para la validez y eficacia de estas promesas basta que se hagan constar en documento privado, aunque lo más seguro y efectivo es su elevación a escritura pública.

3. Tráfico jurídico privado

Como recuerda Federico de Castro, casi todos los contratos pueden ser objeto de promesa (compraventa, cesión, arrendamiento, préstamo, depósito, mutuo, constitución de sociedad, promesa de acciones, de arbitraje, etc.)³⁴. Con todo, en el ámbito contractual la institución de la promesa presenta un destacado perfil y significación en algunas instituciones como la promesa de contrato, la promesa de hecho ajeno y la promesa de recompensa a persona indeterminada.

La promesa de contrato o precontrato es una figura que crea un vínculo obligatorio entre las partes del que nace la peculiar facultad de que, en

³² *Ibid.*, p. 475.

³³ *Ibid.*, pp. 267 y ss., 327 y ss., y 337 y ss.

³⁴ F. DE CASTRO Y BRAVO, «La promesa de contrato», *op. cit.*, pp. 1171 y ss., y J. CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, pp. 40 y ss.

un momento posterior, puedan los interesados poner en vigor y en funcionamiento el proyectado contrato. Pero en ese momento todavía no pesan sobre las partes los deberes ni les son cedidos los derechos que constituyen el contenido típico del contrato planeado³⁵. Se trata, en definitiva, como explica Castán, de «una convención por la cual dos o más personas se comprometen a hacer efectiva en tiempo futuro la conclusión de un determinado contrato que por el momento no se quiere, o no se puede, celebrar como definitivo»³⁶.

La promesa de hecho ajeno consiste en un contrato mediante el cual una persona (promitente) se compromete frente a otra persona con la que previamente está unida por otro contrato (promisario) a que un tercero entregue a éste una cosa o le preste un servicio. Si no se consigue que el tercero acceda a cumplir la prestación prometida, de ello se siguen dos consecuencias: primera, el tercero no podrá ser obligado a realizar la prestación, ya que el contrato no le vincula a él; segunda, el destinatario de la promesa no cumplida deberá ser indemnizado por el promitente³⁷.

La promesa de recompensa a persona indeterminada consiste en una declaración unilateral de voluntad mediante la cual una persona (promitente) se dirige al público en general ofreciendo una recompensa o gratificación a quien o quienes realicen un acto o consigan un resultado. Uno de los principales estudiosos de esta institución en España fue el profesor Candil Calvo³⁸, quien entiende por promesa de recompensa a persona indeterminada la traducción más exacta del término alemán *Auslobung*, que constituye una institución diferente de la oferta de contrato a persona indeterminada, en virtud del contenido típico especial que aquélla posee³⁹.

³⁵ L. DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 1976, pp. 53 y 54.

³⁶ J. CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 28. En relación con la significación del precontrato tienen una especial relevancia las obras de A. HILSENRAD, *Las obligaciones precontractuales*, prólogo de R. DEMOGUE, trad. esp. y apéndice relativo al Derecho español por F. Menéndez Pidal, Madrid (el prólogo de Demogue lleva fecha de 1932), y F. DE CASTRO Y BRAVO, «La promesa de contrato», *op. cit.*, pp. 1133 y ss.

³⁷ Sobre el tema *vid.* A. DE COSSÍO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho Civil*, t. I, Madrid, 1991, pp. 470 y 471. Sobre el tema *vid.* también los trabajos de A. CRISTÓBAL MONTES, «Naturaleza jurídica de la obligación que nace de la promesa de hecho ajeno», en *Cuadernos de la Colección de Derecho Civil*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Instituto de Derecho Privado, 1974, y «La promesa de hecho ajeno», en *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 55, Caracas, Universidad Central de Venezuela, agosto de 1976, pp. 71-137.

³⁸ F. CANDIL CALVO, *op. cit.* Posteriormente se ha ocupado de dicha promesa C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *La promesa pública de recompensa*, Barcelona, 1985.

³⁹ *Ibid.*, pp. 283 y 284.

A la hora de fijar la noción de promesa de recompensa a persona indeterminada Candil se apoya en la definición de Windsheid y del BGB (§ 657) cuando dispone: «El que por anuncio público promete una recompensa por la realización de una acción, especialmente para obtener un resultado, está obligado a pagar la recompensa al que la realizó, así cuando éste no haya obrado en consideración a aquella recompensa».