

la estipulación a favor de tercero
como figura compleja

TESIS PROFESIONAL

guillermo herrera orrantia

1968



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

LA ESTIPULACION A FAVOR DE TERCERO COMO ACTO COMPLEJO

- INDICE -

INTRODUCCION

CONCEPTO

Pág. 3

CAPITULO PRIMERO:

ANTECEDENTES HISTORICOS E INFORMACION
SOBRE DERECHO EXTRANJERO DE LA ESTIPU
LACION A FAVOR DE TERCERO

ROMA	"	5
DERECHO GERMANICO	"	10
DOCTRINA GERMANICA DEL SIGLO PASADO	"	10
CODIGO CIVIL ALEMAN VIGENTE	"	13
DERECHO FRANCES	"	16
a) Derecho Francés Antiguo	"	16
b) Derecho Francés Moderno	"	18
LEGISLACION ESPAÑOLA	"	20
DERECHO CIVIL PERUANO	"	22
LEGISLACION ARGENTINA	"	23
LEGISLACION MEXICANA	"	26

CAPITULO SEGUNDO:

LA ESTIPULACION A FAVOR DE TERCERO SU
ESTRUCTURA Y NATURALEZA JURIDICA

ESTRUCTURA	Pág.	28
ELEMENTOS PERSONALES	"	28
a) Estipulante	"	28
b) Promitente	"	28
c) Tercero Beneficiario	"	28
d) Relación entre el Promitente y el Tercero Beneficiario	"	29
e) Relaciones entre el Estipulante y el Tercero Beneficiario	"	29
f) Capacidad	"	29
ELEMENTOS OBJETIVOS	"	29
a) Contrato	"	30
b) Declaración Unilateral de Volun- tad	"	30
c) Elementos Esenciales	"	31
d) Elementos de Validez	"	31
NATURALEZA JURIDICA	"	31
a) Teoría de la Oferta	"	31
b) Teoría de la Gestión	"	32
c) Teoría de la Creación Directa de la Acción	"	33
d) Teoría de la Declaración Unilate ral de Voluntad	"	34
e) Tesis Contractual	"	36

CAPITULO TERCERO:

SINTESIS Y CONCLUSION

SINTESIS	"	39
CONCLUSION	"	42
BIBLIOGRAFIA	"	44

I N T R O D U C C I O N

Es la Estipulación a Favor de Tercero una de las figura jurídicas más interesantes y complejas cuyo surgimiento en el derecho y la práctica modernas, ha sido motivada por los cada vez más intrincados negocios que resultan de las nuevas necesidades, las cuales reclaman instrumentos jurídicos adecuados para su eficiente desenvolvimiento en el marco de la vida cotidiana actual.

El auge de los contratos de aseguramiento que abarcan todo tipo - previsible de desenvolvimiento de la actividad humana, especialmente - el seguro de vida, ha contribuido eminentemente al desarrollo de la figura jurídica que estudiamos.

No sólo en el campo de los seguros tiene aplicación la estipulación a favor de terceros; el fideicomiso, como figura jurídica de gran actualidad, por su eficiente funcionamiento y la eficaz estructura del sistema bancario mundial, dan oportunidad para que la figura jurídica estudiada en este trabajo tenga mayor aplicación en el abigarrado aspecto de las relaciones comerciales, industriales y de desarrollo en todo el mundo. Es de tomarse en cuenta que tanto el contrato de aseguramiento como el de fideicomiso se tratan como figuras complejas e independientes, pero con clara y vigorosa raíz en el derecho civil y particularmente en la estipulación a favor de tercero.

En el Capítulo I seguimos paso a paso el desarrollo de la estipulación desde la antigua Roma hasta nuestros días pasando por el Derecho Germano, quizá el de mayor influencia en el perfeccionamiento de esta figura, el derecho francés antiguo, el moderno dereviado del Código de Napoleón, la legislación española, la peruana, la argentina y -- por último la legislación mexicana, tratando con esto de dar una visión panorámica de la legislación mundial, a manera de muestreo.

Hemos tomado este orden para desarrollar el capítulo tomando en cuenta el proceso dialéctico de la estipulación a favor de tercero, -- considerando que la teoría romana asienta la tesis encerrada en la máxima "Alteri stipulari nemo potest" o sea "Nadie puede estipular por -- otro". En el derecho germano se presenta claramente la antítesis dando le a la autonomía de la voluntad toda la fuerza, y con esto un vigoroso impulso a la figura que estudiamos. El derecho francés a pesar de -

que en el "Código Napoleón" la máxima romana toma nuevamente vigencia, en la práctica con las interpretaciones jurisprudenciales se otorga a esta figura un relativo equilibrio.

El Capítulo II se ocupa de desentrañar la naturaleza jurídica de la figura materia de nuestro estudio exponiéndose algunas teorías que tratan de explicar su naturaleza íntima así como argumentos que dan a este Capítulo un cierto carácter polémico para desembocar en algunas consideraciones personales y en la conclusión necesaria a una tesis.

En ningún momento estamos pretendiendo desentonar sólo por el mal entendido prurito de originalidad con el coro de eminentes juristas que han profundizado en esta figura. Nuestra contribución, al estudio de esta materia, creemos y queremos, que estribe en la síntesis y clarificación de los conceptos contenidos en amplísimos, numerosos e ingentes tratados.

No consideramos estéril el profundizar en una figura jurídica -- que está revestida de la sencillez de lo fundamental. Ni tampoco es vano insistir en algo que aparentemente ya está definido y delimitado. Creemos, firmemente, que en la perfección del detalle, se cumple el desarrollo del derecho, y que al difundirse la aplicación constante de una figura jurídica es necesario vivificar con insistencia su naturaleza, ya que en su aplicación indiscriminada se deteriora el espíritu que informó las fuentes primigenias de la teoría jurídica.

- C O N C E P T O -

Iniciaremos este trabajo tratando de vertir un concepto de la Estipulación a Favor de Tercero, congruente con la idea fundamental de la figura que se estudia, tomando en cuenta los conceptos expresados por algunos tratadistas extranjeros.

Al decir de Pachionni. "En dos sentidos diversos puede hablarse de Contratos a Favor de Tercero, uno lato o vulgar y otro estricto o técnico. Contrato a Favor de Tercero en sentido lato o vulgar, es todo contrato que en cualquier forma se ha celebrado en atención a un tercero y que, de cualquier modo, se ha destinado y logre directa o indirectamente, proporcionarle un derecho". Ejemplificado tal concepto, Pachionni llama contratos a favor de tercero en sentido lato o vulgar, "al celebrado por un representante en nombre de su representado, en tanto que el representado no ha intervenido personalmente en la conclusión del mismo. Y es también contrato a favor de tercero aquél que se celebre en interés, pero no en nombre de una persona concreta, incluso si esta persona en un principio al menos, no adquiere a consecuencia del mismo los derechos contractuales".(a)

Por su parte Planiol y Ripert consideran que cuando una persona — contrata con otra pueda obtener que ésta se obligue en favor del tercero, si no hubiere recibido mandato de dicho tercero, o si no fuere por cualquier otra razón su representante entonces, se tratará de estipulación a favor de tercero. (b)

Colin y Capitant opinan, que hay estipulación por otro cuando en un contrato alguno de los contratantes acuerda con el otro, en este caso el estipulante y promitente, que este último hará alguna cosa en provecho de un tercero extraño al mismo y que no está representado por él, o bien estipulación a favor de tercero, es un contrato entre el estipulante y el promitente en el que el estipulante impone al promitente el deber de obligarse a una prestación para con un tercero beneficiario extraño por completo al contrato celebrado.

(a) PACHIONNI, GIOVANNI. "Los Contratos a Favor de Tercero", traducción de la última edición italiana, Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid - España 1937, págs. 17 y 20.

(b) PLANIOL, MORCEL y RIPERT, J. "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés" Ed. Cultura, S.A. Habana, Cuba 1940. pág. 490.

Luis Muñoz afirma que "la estipulación a favor de tercero, de acuerdo con el concepto técnico que se desprende del propio Código vigente, - puede ser definida como la declaración de voluntad hecha por quienes son parte en un contrato y mediante la cual, estipulan determinados derechos a favor de una tercera personal que debe aceptarlos para su plena eficacia jurídica, sin que los estipulantes tengan la representación del tercero ni obren en nombre de él". (c)

Con los elementos vertidos en las definiciones y conceptos antes mencionados elaboramos el siguiente concepto:

La estipulación a favor de tercero es una figura jurídica que se da en un contrato cuando una de las partes, llamada estipulante, conviene con la otra, llamada promitente, en que ésta efectúe una prestación a favor de un tercero ajeno a la relación contractual.

(c) MUÑOZ, LUIS. "Comentarios al Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 30 de agosto de 1928" Vol. I, Ediciones Lex, Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, México 1947, pág. 716.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS E INFORMACION
SOBRE DERECHO EXTRANJERO DE LA ESTIPULACION
A FAVOR DE TERCERO

- R O M A -

En el Derecho Romano, la estipulación a favor de tercero, tiene antecedentes tan remotos, que incluso su etimología es materia de -- discusión para los eruditos. Unos, siguiendo a San Isidoro de Sevilla, (S. VII), afirman que se deriva de "stipula" que en latín significa paja, porque en el ceremonial de la estipulación los contratantes -- quebraban una cañita de trigo. Por otra parte, en la Instituta (1) -- en la cual Justiniano define muy precisamente esta figura jurídica; "La obligación verbal que se contrae por medio de una pregunta y una respuesta cuando estipulamos que se nos dé o se nos haga alguna cosa" --la hace descender de "stipite", esto es columna, como señal de cosa firme.

Asimismo, según la Instituta, la estipulación comprendía tres -- fases: La primera consistía en la pregunta acerca de la naturaleza u objeto del contrato. La respuesta (segunda parte) venía siendo la -- promesa propiamente dicha. Ambas en conjunto constituían la voluntad expresa de ambas partes, y el perfeccionamiento de la dicha voluntad sería lo que propiamente llamamos estipulación. Esta comprendía un -- ritual solemne, con una fórmula legal que en latín era así: "¿Spondeo? ¿Dabis? dabo, ¿Promittis?, Promito,; ¿Fidei tuae erit? Fidei meae -- erit". Más adelante se permitió cualquier otra forma de expresar el compromiso, asimismo, el uso de cualquier lengua extranjera. Pero el contrato siguió siendo verbal, de tal forma que los sordos, los mu-- dos y los ausentes, no podían contratar entre si. (2)

El objeto del sistema de las preguntas y respuestas era fijar -- de una manera precisa y deliberada, el alcance del negocio celebrado reduciendo a términos breves, rigurosos e indeclinables, la obliga--

(1) ORTCLAN, M. "Institutas de Justiniano" Libro III, Título XVIII, -- pág. 246.

(2) PETIT EUGENE "Tratado Elemental de Derecho Romano" Traducción de la Novena Edición Francesa, y aumentada con notas de José Fernández González. Editora Nacional, S.A. 1951, pág. 220.

ción que contrae el promitente, y poner de relieve el punto acerca del que ha recaído el consentimiento de los contrayentes. El continuo perfeccionamiento de los formulismos legales, requirió posteriormente la presencia de testigos y la forma escrita como constancia.

Hemos estudiado estos formulismos legales de la estipulación, — porque en ellos se desprende que en el derecho romano clásico, no — existía la estipulación a favor de tercero. Una máxima célebre lo — afirma así categóricamente: "Alteri stipulari nemo potest" (Nadie — puede estipular para otro). Esto quería decir, ante todo, que ningún tercero se podía convertir en acreedor porque los contratos no podían surtir efectos más que entre ambas partes. (3) Jossierand dice que el estipulante no adquiría derecho alguno contra el promitente porque — su intención no había sido la de adquirir él mismo ese derecho, y — por otra parte carecía de interés personal para obrar. Por otro lado, — continua Jossierand, era inválida por razones absolutamente técnicas, — por el mismo mecanismo de la estipulación, ya que las palabras rituales sólo podían surtir efectos entre los que las habían pronunciado.

Dos casos preveía el derecho romano como excepciones de esta regla: una de derecho sagrado —la promesa hecha a un Dios— y otra de — derecho político —la promesa hecha a una ciudad— ambas sancionadas civilmente. A la promesa hecha con carácter religioso se le consideraba siempre que tenía su origen en un motivo válido y por consiguiente — legítimo; no siendo la hecha a una ciudad automáticamente legítima — hasta que se probara el motivo justo.

Algunos tratadistas creen ver en la figura jurídica de la "man—cipatio" un antecedente de la estipulación a favor de tercero, basán—dose en que la Ley de las Doce Tablas, que reconoce que en la mancipa—ción puede haber una cláusula a favor de tercero. Nosotros no lo ve—mos así por la razón de que no se basaba en la voluntad de las partes, sino en un precepto legal, el cual además no era bilateral, como en — el caso de la estipulación, sino multilateral, ya que cualquier ciuda—dano romano podía invocar la obligatoriedad de las cláusulas en vir—tud de las cuales se fincaba dentro de una "mancipatio" un derecho en beneficio de tercero.

(3) JOSSEIRAND LOUIS. "Derecho Civil" completado por André Brun. Tomo—II, Vol. I, Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Ediciones Jurídicas. Europa América. Bosch y Cía. Ed. 1960. No. 275, pág. 196.

En la evolución del derecho romano posteriormente se llegó a reconocer la validez de la estipulación a favor de tercero cuando se probaba el interés pecuniario de este. "Sin interés pecuniario no hay acción". La forma de probarlo era según Petit: "Cuando las partes han añadido a la estipulación una cláusula penal; es decir, cuando un acreedor ha estipulado del que promete una suma determinada para el caso en que el contrato no fuera ejecutado a favor de tercero. Ha afirmado y evaluado de antemano su interés". (4)

Petit por otra parte, da a entender que el interés pecuniario podía probarse en distinta forma de la cláusula penal, cuando dice que: "Se admitía la validez de la estipulación independientemente de toda cláusula penal, cuando el interés del estipulante es por otra parte cierto. (5)

Pero en verdad este último caso no era una excepción al principio de la máxima "Alteri stipulari nemo potest", puesto que aquí se estaba estableciendo ya no una estipulación respecto de otro, sino solamente se tomaba como punto de referencia un acto que debía de realizar otro, y que de no verificarlo, puesto que no estaba obligado por la convención, implicaría una pena para la promesa que hacía la estipulación.

Este caso era conocido en Roma "...con el nombre de Pacto de Poena ipse promissert, (pacto de pena por incumplimiento de promesa) -- que luego pasó al derecho francés en donde se le denominó "Promesa de Porte Fort". (6)

En Roma se decía "Versa vice, qui aliud facturum promisit videtur in ea esse causa ut non teneatur; nisi poenam ipse promiserit" -- (Por el contrario, el que promete que otro hará tal o cual cosa, no está obligado a menos que ése otro haya prometido también una pena).- (7)

La razón básica por la cual en el derecho romano la estipulación que hiciera nacer derecho a favor de otro en un contrato era totalmente ineficaz se encuentra en la idea de que "...la voluntad individual no puede ser considerada como fuente de derecho, de modo absoluto, si

(4) PETIT EUGENE "Tratado Elemental de Derecho Romano" Ob.cit.pág.221.

(5) Idem.

(6) GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO "Derecho de las Obligaciones" México 1961. Ed. Cajica. Primera Edición. Pág. 301.

(7) ORTOLAN "Explicación Histórica de la Instituta de Justiniano" Traducida y anotada por José Jimenez, Madrid. 1847, pág. 207.

no solamente dentro de los límites fijados previamente por la ordenación jurídica. De acuerdo con esta idea se estimó justo y natural admitir que de un contrato no podían nacer derechos más que para aquellos que lo habían puesto en vigor.(8)

"Cualquier obra que hacemos, puesto que toma su origen en nuestro propio contrato, harán inválidos nuestros actos si no se basan en nuestra persona por lo tanto no podemos estipular, comprar, vender o contraer obligaciones de manera que otro obre rectamente en su propio nombre"

"En este fragmento se indica claramente el fundamento racional que atribuía el derecho romano clásico a la prohibición de las estipulaciones a favor de tercero; que, además está confirmada por la historia del sistema contractual". (9)

La estipulación a favor de tercero evolucionó lentamente en el derecho romano y así pueden marcársele tres periodos sucesivos, a saber:

1.- El primero en donde se aplica de manera radical el principio "alteri stipulari nemo potest", que explica entre otros casos la inadmisibilidad de la representación inmediata, (10) localizado durante el primer período romano y principios del segundo.

2.- La segunda etapa que se caracteriza por la tendencia de conceder cierta validez a algunas estipulaciones a favor de tercero, siempre y cuando estuvieran asistidas de un interés pecuniario, a favor del estipulante. (11)

3.- La tercera y última etapa que se traduce en la aceptación decidida y amplia de la estipulación a favor de tercero.

De esta forma el rigor del derecho romano "se fue atenuando en la

(8) PACHIONNI GIOVANNI. "Los Contratos en Favor de Tercero" Apartado 3, fr. II, Dig. 44, 7 Paulus, Libro deudécimo ad Sabinum, pág. 15.

(9) PACHIONNI GIOVANNI Ob.cit. Apartado 3, págs. 15 y 16.

"Cuaeumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actuum nos trum efficiunt: et ideo neque stipulari neque emere, vendere, contrahere ut alter (suo nomine) recto agat, possumus".

(10) ENECCERUS LUOWING. "Derechos de las Obligaciones" Vol.I, Segunda Edición, Universidad de la Habana 1942, pág. 170.

(11) PLANIOL Y RIPERT. Ob. cit. Apartado 352, pág. 490.

práctica partiendo del mismo derecho clásico, más directamente del - postclásico y Justiniano". (12)

a).- El convenio donde se establecía una prestación a los herederos del promitente ó a un heredero.

b).- La llamada donación sub-modo a favor de tercero. Este es un caso aceptado casi universalmente (13). Sin embargo se considera que el texto de la Constitución en donde se aprecia este tipo de donación sub-modo a favor de tercero no es genuina y auténtica. (14)

c).- También se establecía la llamada concesión de dote, convirtiéndose la restitución a la mujer o a los hijos.

d).- El comodato o consignación de una cosa ajena con convenio - de devolución al propietario.(15)

e).- El depósito "In públicum" a disposición del acreedor (16) -

f).- Y la venta de prenda con convenio a un derecho de rescate - en favor del deudor.

No obstante se ha llegado a la conclusión de que "en el derecho clásico no se conoce ninguna verdadera excepción, propiamente dicha, - al principio de la nulidad de tales contratos en cuanto al tercero".- (17)

Las decisiones sobre las que se ha fundado la doctrina civilista para hacer remontar a los tiempos del mayor esplendor de la jurisprudencia romana los gérmenes de la moderna teoría de la validez de la - estipulación a favor de tercero, no son en su mayor parte decisiones clásicas, sino justinianas, y en lo que tienen de clásicas no guardan la menor relación con la teoría de tales contratos.

Tampoco en el derecho justiniano se encuentra el fundamento de la estipulación a favor de tercero en el sentido moderno. Es cierto - que en la doctrina debe reconocerse cierta tendencia de índole general, pero no puede hacerse consistir ésta en el reconocimiento de la validez de estos contratos tal como lo entiende la doctrina moderna, - sino más bien en el reconocimiento, en una amplia escala de la institución jurídica llamada representación directa.

(12) CAMUL E.F. "Curso de Derecho Romano" Universidad de La Habana -- 1942, Núm. 17, pág. 208.

(13) PACHIONNI GIOVANNI. Ob. cit. No. 13, pág. 52.

(14) Idem. No. 13, pág. 53.

(15) Idem. No. 13, pág. 48.

(16) Idem. No. 14, pág. 62.

(17) Idem. No. 16, pág. 74.

DERECHO GERMANICO

En contraste con la teoría romanista que prácticamente niega a la voluntad de las partes el poder determinar sobre el alcance de los contratos, la tendencia jurídica germana otorga a la voluntad de los contratantes un poder omnipotente para determinar cualesquiera de los aspectos que pudieran presentarse en los contratos.

Si bien es cierto que la aportación de la legislación que se estudia en el mundo de la ciencia jurídica es valiosa en todos los órdenes, también lo es que atribuirle a la voluntad la autonomía que se pretende, denota un estancamiento considerable y crea un lastre en el desarrollo del derecho. Es pues, conforme a esta tendencia, la voluntad, la única que en última instancia determinará el nacimiento de un derecho a favor de quien ha permanecido totalmente extraño al contrato, así sus límites, sus modalidades, etc. Este criterio, que inspiró al proyecto para el nuevo Código Alemán, peca de extenso al exagrar las atribuciones que otorga a la autonomía de la voluntad pues conforme a él, las partes contratantes son libres de determinar si el tercero adquiere bajo ciertas condiciones o sin ellas; si adquiere por el sólo perfeccionamiento del contrato, o por cualquier condición en otro tiempo posterior a éste; si se le concede o no al tercero acción en contra del promitente para que éste cumpla la prestación y en caso afirmativo dentro de qué límites. Todo esto va, como es fácil observar, en contra de la función económico-social que pudiera darse en el contrato que contiene la estipulación, desvirtuándose en forma tajante la finalidad propia de la figura que estudiamos. La redacción definitiva del Código Germánico no le dió a la voluntad de las partes, la importancia tan amplia que pretendieron los creadores del proyecto.

DOCTRINA GERMANICA DEL SIGLO PASADO

Al decir de Pachionni "no hay la menor duda de que sólo a la doctrina jurídica alemana del siglo pasado, estuvo reservada la tarea de bautizar definitivamente esta nueva figura así como exponer su origen y el camino recorrido por ella". (18)

(18) PACHIONNI GIOVANNI. "Los Contratos a Favor de Tercero" traducción de la última edición italiana, por Francisco Javier Osset. Madrid 1948, Ed. Revista de Derecho Privado, Cap. I, Segunda parte, No. 1, pág. 84.

Es ya en esta doctrina en donde el concepto de estipulación a favor de tercero viene a dar un paso adelante de la teoría de la representación directa, en donde por su definición se separa y aleja de esa otra figura jurídica y donde, su reconocimiento, supone una distinción neta entre su naturaleza y la de la representación directa.

Pero esta doctrina de la representación a favor de tercero en Alemania, no hubiera cobrado mayor desarrollo a no ser por los ataques que formularon autores romanistas en el sentido de considerar que no sólo el contrato a favor de tercero es nulo por principio, según el derecho romano, ya que su validez se opone al concepto de la obligación, del contrato, la teoría del interés y tantos otros.

Ante la insistencia de los romanistas, se inflamó la pasión de los tratadistas germánicos y vinieron a sostener que "el concepto de la obligación se había transformado por completo; que la vida moderna requiere y exige la emancipación de las trabas propias de la antigua escuela romanistas, el haber penetrado en un nuevo espíritu en el sistema jurídico precisamente por la obra del derecho nacional germánico, y haber barrido todas aquellas barreras que parecían insuperables a las mentes estrechas y limitadas de los juristas arqueólogos". (19).

En este derecho germano existían y existen, como en todas las disposiciones legales vigentes, algunas instituciones para cuyo normal y buen funcionamiento es insuficiente la teoría romana del contrato. Tal sucede en el derecho nacional germánico respecto de "las cesiones de patrimonios realizadas por el cabeza de familia a nombre de un descendiente, con pactos a favor de los hermanos de éste; la inscripción de la mujer en una caja para las pensiones de viudas; y en la vida moderna de todos los pueblos civilizados, los seguros de vida en favor de un tercero; el contrato de transporte, y la adquisición de una hacienda con un activo y pasivo. (20)

Con este motivo se produjo una enorme afluencia de doctrinas en el medio germánico y se atribuyeron multitud y variedad de fuentes jurídicas a la materia de nuestro estudio.

Giovanni Pachionni hace ver cómo en este derecho se multiplicaron efectivamente teorías y opiniones de connotados tratadistas des-

(19) PACHIONNI GIOVANNI. Ob. cit. pág. 85.

(20) PACHIONNI GIOVANNI. Ob. cit. pág. 86.

Todas estas doctrinas tenían la necesidad de ser encausadas por el legislador y la urgencia de establecer a través de un contrato derechos a terceros, no podía ya seguirse aplazando al amparo de la máxima latina "Alteri Stipulari Nemo Potest".

Es así como se formuló un proyecto de Código Civil Alemán en el cual, en sus artículos 412 al 416 se reglamentaba esta institución.

Los artículos del proyecto, establecían textualmente:

412.- Si en un contrato una de las partes contratantes se obliga a realizar una prestación en favor de un tercero, éste adquiere como consecuencia e inmediatamente, el derecho a exigir de tal prestación a quien la prometió, siempre que resulte del contenido mismo del contrato que el tercero quiso adquirir aquel derecho.

La parte a quien se hizo tal promesa, tiene derecho a exigir su cumplimiento en favor del tercero, salvo pacto en contrario.

413.- El derecho del tercero surge en el momento en que deba surgir el acuerdo con la voluntad de los contratantes, según resulte del contenido del contrato.

414.- Mientras el derecho del tercero no haya nacido, ni aún bajo término o condición, la promesa de la prestación a su favor puede ser modificada o revocada por los contratantes. Después de su nacimiento sólo puede ser modificada ó revocada cuando del contenido del contrato resulte que las partes hayan querido reservarse tal facultad.

415.- Si el tercero declara al promitente que rehusa a aquel derecho se considerará a éste como si nunca hubiera nacido.

416.- Las excepciones que tengan un fundamento en el contrato podrán ejercitarse por el promitente también contra el tercero si no resulta otra cosa del contenido del contrato.

De acuerdo con estas disposiciones resultaba el reconocimiento y admisión legal de la validez del contrato a favor del tercero, no sólo con relación a las partes otorgantes del acto, sino también respecto al mismo tercero, pero era necesario determinar si había o no que conceder acciones a ese tercero para exigir el cumplimiento del contrato.

La resolución en teoría y en principio, venía a quedar a la absoluta voluntad de las partes, ya que ésta sería en todo caso la que resolvería las dificultades que la institución, una vez admitida en el Código Civil, debía superar.

¿Pero en qué momento debería considerarse como nacido el derecho que las partes contratantes atribuyen al tercero?. La solución legal sería decir que en el momento en que ellas, las partes, hayan querido; y sería revocable, según las partes lo hayan querido o no; también a estas correspondería determinar si el derecho de tercero había de nacer puro y simple ó bien sujeto a condición, si nacía inmediatamente o si quedaba sujeto a un plazo.

En una palabra, sería la voluntad de las partes la que determinara todo el mecanismo de la institución, y el Código por entonces sólo se concretaría a sancionar, llegado el caso, esas voluntades.

Las críticas a este proyecto no se hicieron esperar, aunque los autores estaban acordes en la necesidad de mantener la institución -- dentro del Código Civil con las reformas pertinentes.

"La censura fundamental, en la que más o menos todos los críticos estaban de acuerdo, se dirigía contra el criterio que servía de base al sistema acogido en el Código, al remitir a las partes y dejar a su voluntad la solución de la resolución de la cuestión fundamental -- (que consiste en determinar si el tercero debe tener ó no acción), y las demás cuestiones correlativas, el proyecto daba vueltas a la dificultad principal de la institución, sin resolverla. Esta voluntad de los contratantes no existe, por lo regular; por tanto, es imposible de hallar. Dirigir al juez hacia ella es tanto como abandonar la solución a su libre arbitraje, con lo que se produce una deplorable incertidumbre en el derecho". (21)

CODIGO CIVIL ALEMAN VIGENTE

Las teorías que durante el siglo XIX se fueron gestando, tuvieron como corolario la inclusión en el Código Civil de 1900 en sus Artículos 228 al 333, que a continuación se transcribe:

328.- Se puede pactar contractualmente una prestación a favor de un tercero, con el efecto de que el tercero adquiera directamente el derecho a exigir aquella prestación.

(21) PACHIONNI GIOVANNI Ob. cit. pág. 3.

El efecto de una disposición especial se deducirá de las circunstancias, y en especial del fin del contrato, si el tercero debe adquirir derecho, si el derecho del tercero debe nacer inmediatamente ó sólo al cumplirse determinadas condiciones y si debe reservarse a los contratantes la facultad de retirar o modificar el derecho de tercero sin su consentimiento.

329.- Si una de las partes se obliga en un contrato a pagar un acreedor de la otra, sin asumir la deuda, no se puede creer, en caso de duda, que el acreedor adquiere directamente el derecho de exigir aquella el pago.

330.- Si en un contrato de seguro de vida, o de renta vitalicia, se pacta el pago de la cantidad asegurada, o de la renta a un tercero debe tener directamente el derecho a exigir la prestación.

Lo mismo se puede decir si en una disposición a título gratuito se impone al beneficiario una prestación a favor de un tercero, ó si al adquirir un patrimonio o una finca se promete por el adquirente una prestación a un tercero en concepto de pago de deuda.

331.- Si la prestación a favor de un tercero ha de tener lugar después de la muerte de aquel a quien se promete, en la duda adquirirá el tercero el derecho a la prestación en el momento de la muerte de quien recibió la promesa (estipulante) si el estipulante muriese antes de nacer el tercero, la promesa en favor del tercero sólo podrá ser revocada o modificada en el caso en que haya sido reservada ésa facultad.

332.- Si el estipulante se ha reservado la facultad de poder subrogar otra persona, sin necesidad de asentimiento del promitente, al tercero designado en el contrato, esa subrogación puede producirse, en caso de duda, por medio de una disposición testamentaria.

333.- Si el tercero rechaza, frente al promitente, el derecho adquirido con el contrato, se tiene como no adquirido este derecho.

334.- Las excepciones que se deriven del contrato corresponden al promitente también frente al tercero.

335.- El estipulante puede, si no se presume una voluntad contraria en los contratantes, exigir la prestación en favor del tercero aún cuando le corresponda a éste el derecho a exigirla.

En estas disposiciones del Código Civil Alemán se inspiraron a los artículos 1868, 1869 y 1870 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales vigente. Los artículos 331 y 333 del Código Germánico inspiraron el 1971 del Código de 1928, y finalmente del artículo 334 del Código Alemán se desprendió el artículo 1872 del propio ordenamiento.

Al criticar Pachionni la teoría alemana dice: "la equivocación fundamental del legislador alemán consiste en que da, formalmente, a la institución de los contratos a favor de tercero una esfera de ampliación que no corresponde a su real esfera de aplicación práctica, al partir, en cierto modo, del supuesto de que todo lo que se puede imaginar que dos contratantes puedan hacer o querer en un contrato deban hacerlo o quererlo también en realidad". "En esto consiste la razón última de la nueva doctrina de los contratos a favor de tercero, y su máximo defecto". (22)

La mayoría de los tratadistas germanos entre ellos Enneccerus (23), consideran que de los preceptos referentes a la estipulación a favor de tercero, en que se reglamenta esta figura se pueden deducir los siguientes grupos de modalidades en lo que respecta al contrato y al tercero. El tercero adquiere un derecho en virtud del contrato. En este caso cabe:

a).- El contrato puede ser oneroso, por ejemplo una donación sub-modo.

b).- La persona del tercero puede estar determinada en el contrato o bien resultar de circunstancias posteriores, especialmente de una declaración del estipulante.

c).- O bien que el tercero adquiere un crédito, o bien, surge también a favor del estipulante, un crédito dirigido a que la prestación sea hecha al tercero.

d).- El derecho a favor del tercero se constituye inmediatamente o sólo en un momento posterior o, finalmente, sólo bajo ciertas condiciones.

e).- El derecho del tercero una vez adquirido, puede ser irrevocable o bien estar sujeto a la extinción o modificación por ambas partes o sólo una de ellas especialmente el estipulante.

(22) PACHIONNI GIOVANNI. Ob. cit. No. 3, pág. 142

(23) ENNECCERUS LUDWING "Derechos de las Obligaciones", Vol. I, Librería Bosch. Barcelona 1933. No. 34. pág. 172.

DERECHO FRANCÉS ANTIGUO

En el derecho germánico se estableció una franca tendencia de -- las costumbres, contraria al sistema románico, pero en cambio, en el Derecho Francés, se entabló una lucha entre esa tendencia germánica -- que mencionamos, favorable a la estipulación por otro, y el punto de vista rigurosamente lógico del Derecho Romano.

Esta lucha entre la tendencia germánica y la románica adoptada -- por el derecho francés antiguo, concluyó en una especie de transac-- ción que tomó cuerpo bajo la pluma de los glosadores y de los posglo-- sadores; parece que lograron amalgamar la teoría de la estipulación -- por otro con la de los contratos inominados, para llegar a la conclu-- sión de que la primera de esas estipulaciones era eficaz desde el mo-- mento en que el estipulante hubiera ejecutado una prestación en favor del promitente o que se hubiera adquirido un compromiso por una de -- las partes con relación a otra. (24)

Precisamente de acuerdo con estas ideas es como Pothier, después de que plantea el principio romano "Alteri stipulari nemo potest", y de no haberlo justificado por el defecto de interés del estipulante, -- apuntó ciertas atenuaciones a dicho concepto; y así aceptaba que no -- sólo la estipulación por otros cuando es nula producía una obligación natural en provecho del estipulante, porque una vez escrita es válida "en el fuero interno", lo que es más decisivo, llegaba a ser eficaz -- civilmente cuando la ventaja que se quiere procurar al tercero proce-- de de la convención que el estipulante hace por sí mismo, ya que enton-- ces quedaba puesto "in conditione", como una carga a una liberalidad dirigida por el estipulante al promitente, entonces era puesto in mo-- do.

Pothier sostenía que en principio "Cuando he estipulado alguna -- cosa en favor de un tercero, es nula la estipulación; porque por ella ningún derecho adquirimos ni el tercero ni yo. Que no la adquiere el -- tercero, evidente por aquel principio de derecho, que las convenciones no pueden tener efecto sino respecto de las partes que entran en ellas. Tampoco lo adquiero yo, porque no teniendo en la estipulación un inte

(24) JOSSERAND, LOUIS. "Derecho Civil", No. 272. pág. 196.

rés que pueda estimarse en dinero, me es indiferente el cumplimiento de la promesa, y el promitente puede faltar impunemente a ella; y esto es cabalmente lo más contrario a toda obligación civil". (25)

Seguía diciendo Pothier que "La primera parte del principio — que dice, que no puede estipularse sino para sí mismo, sólo tiene lugar en el fuero externo o con respecto a las obligaciones civiles; pero será válido por derecho natural la promesa hecha a favor de un tercero. Aunque el interés que hay de estipular a favor de otro, — no sea estimable a precio de dinero, no deja por esto de ser un verdadero interés". Y agregaba "Hominis enim interest allerum hominem effici" (interesa al hombre no afectar a otro hombre) (26). Resultaba así este interés de pura afección por un tercero, originando un derecho bastante para exigir del promitente en el fuero de la conciencia el cumplimiento de la promesa.

"Pero no habiendo de parte del estipulante un interés pecuniario, no podrá reclamarse en los tribunales el cumplimiento de la — promesa, pues la facultad de faltar impunemente a la misma, es un — obstáculo para la obligación civil, al paso que no impide la natural", más adelante sostenía Pothier, que no podría ser objeto de la estipulación el dar o hacer alguna cosa en provecho de un tercero y generalmente nada que no mire al interés personal de la parte estipulada, a menos —y aquí viene ya la parte en que se suaviza la máxima romana por el propio Pothier—, "... que sea in conditione aut — modo" (bajo condición de modo). (27)

Pothier ponía el siguiente ejemplo: "Es verdad que no puedo absolutamente estipular en nombre mío que otro verificará cierto hecho a favor de Jaime, porque no tengo en ello ningún interés; pero será válida la estipulación, añadiendo que si dentro de cierto tiempo no ha verificado el promisor el hecho convenido, deberá pagarme veinte doblones; porque en este caso el verificar el hecho no es — más que una condición, siendo sólo objeto de la estipulación los — (28)

(25) POTHIER. "Tratado de las Obligaciones. No. 54. pág. 38.

(26) POTHIER. Ob. cit. No. 55. pág. 38.

(27) POTHIER. Ob. cit. No. 70. pág. 44.

(28) Idem.

veinte doblones". Esta doctrina se halla conforme con lo que enseña - Justiniano en las Institutas.

DERECHO FRANCÉS MODERNO

El Código Civil Francés llamado Código Napoleón, en principio parece ser restrictivo de la estipulación a favor de tercero y que sigue la máxima romana al decir en su Artículo 1119:

"Por regla general no se pueden contraer obligaciones ni estipular en nombre propio más que por uno mismo".

Sin embargo si bien es cierto que en principio como se dijo, este Código plantea la base de la ineficacia de la estipulación por otro, más adelante establece una doble derogación a tal idea. Esa norma decreta:

Art. 1121. "Se puede igualmente estipular en provecho de un tercero cuando es esa la condición de la estipulación que se hace por uno mismo o de una donación que se hace por otro".

En el derecho francés actual existe "... completo acuerdo en atender que ese artículo (1119) que de ser interpretado restrictivamente - constituiría un retroceso al antiguo derecho, lo que no resulta de los trabajos preparativos, ha de entenderse en sentido amplio. (29)

Sin embargo sigue discutiéndose en el derecho francés esta cuestión: Cuando una estipulación se haga en favor de un tercero, sin entrega ni promesa de ninguna naturaleza por parte del estipulante, ¿dará esto origen a una acción?

Planiol considera que generalmente se admite, siguiendo a Pothier que la estipulación a favor de tercero en el caso antes planteado, no es válida, sino que será por lo contrario indispensable que el estipulante, volviendo al procedimiento ideado por los prácticos romanos, no haya estipulado una cláusula penal en su favor. (30)

Pero cabe preguntarse con el mismo autor: (31) ¿Esa concepción — no carece de base si se admite que el interés normal puede servir de — fundamento en una obligación?

(29) PLANIOL Y RIPERT, "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés" No. 353, Tomo Sexto, Cultural, S.A. Habana Cuba 1946. pág. 491.

(30) PLANIOL Y RIPERT, Ob. cita. No. 453, pág. 491.

(31) Idem.

La validez del seguro de vida, de la donación con carga en favor de tercero, no es dudosa ni siquiera cuando el estipulante sólo tiene un interés moral en que el tercero obtenga el beneficio porque, en — tal plano — no se va a poder atribuir validez incondicional a toda pro— mesa que reciba por cualquier persona en favor de un tercero a quien reporte algún interés—

De ahí precisamente que la Jurisprudencia Francesa bajo la pre— sión de necesidades prácticas imperiosas, ha interpretado esa doble — derogación que se marca en el artículo 1121 con un espíritu bastante liberal lo más ampliamente posible, si bien esto implica que el prin— cipio romano de la eficacia de la estipulación por otro se tenga re— ducida al estado de letra muerta o poco menos.(32)

Con todo esto se quiere decir que la estipulación a favor de ter— cero en Francia es eficaz y ofrece al tercero acreedor, en todos los casos en que presenta una utilidad práctica, se ha convertido en un — cuadro inmenso en el que vienen a encontrar cabida las instituciones más variadas, más modernas, que han nacido, crecido y prosperado so— bre las ruinas de la regla caduca: "Alteri stipular nemo potest".(33)

(32) JOSSERAND, LOUIS. Ob. cit. No. 274, pág. 197.

(33) Idem.

LEGISLACION ESPAÑOLA

Como aclaración inicial en el estudio de esta legislación, señalaremos que el derecho español inspirado en gran parte en el derecho romano, (Las Partidas) en términos generales, rechazó la estipulación a favor de tercero; principio que adoptó posteriormente al promulgarse la Ley del Ordenamiento de Alcalá que aceptó el principio de la voluntad unilateral como fuente creadora de derechos y obligaciones --- "La obligación puede nacer sin necesidad de acuerdo entre las partes sólo por la voluntad de una persona: El deudor". (34)

Los tratadistas españoles en su generalidad, aceptan la circunstancia de que a pesar del principio que rige en España de que los --- contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y --- sus herederos, haya una excepción de múltiples derivaciones según la cual, esos efectos van a fincarse en una relación con una persona ajena al contrato, pudiéndose por ello estipular a favor de un tercero --- extraño al contrato en que la estipulación se dé: La Estipulación a --- Favor de Tercero.

El derecho civil español no exige para la validez de la estipulación a favor de tercero los requisitos que consagra el Código Civil --- Francés sino que, en general la autoriza, determinando los límites de su revocabilidad. La estipulación en provecho de tercero como suele --- llamarse en derecho español, no tendrá validez por sí, sino después --- de la aceptación hecha por el tercero. Antes de ésta no existirá en --- realidad el obligado a que alude el artículo 1257 en el que se establece que si el contrato tuviera alguna repercusión a favor de tercero, éste podría exigir su cumplimiento siempre que hubiese hecho saber su aceptación; al obligado antes de que haya sido revocada. Resulta de esto, que ni el tercero podría exigir su cumplimiento ni tampoco el estipulante; mejor dicho, este no podía exigir indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del promitente. Para que la estipulación sea exclusivamente una estipulación en provecho de tercero, es condición indispensable que en ella ni el estipulante se haya obligado a nada, ni haya entregado nada, ni tampoco estipulado alguna pres

(34) BLANCO A. "Curso de Obligaciones y Contratos en el Derecho Civil Español" Ed. Cultural, S.A. Habana 1930, Tomo I, pág. 4.

tación a su favor, ni siquiera que el promitente se haya obligado a mantener la oferta. En efecto, si el estipulante hubiese entregado algo, o si hubiese obligado a entregarlo a cambio de la promesa de una estipulación a favor de tercero, podría pedir, en caso de incumplimiento por el promitente, la resolución del contrato, y habría base para la indemnización de daños y perjuicios y si se había el promitente obligado a mantener la oferta, existiría coincidencia de voluntades si el tercero acepta dentro del plazo. (35)

En realidad la legislación española, restringe la estipulación a favor de tercero a la declaración unilateral de voluntad aplicando íntegramente los principios de ésta en contraposición al derecho germano en que la aceptación por parte del tercero beneficiario es intrascendente, pues el tercero salvo pacto que ordene otra cosa, adquiere inmediatamente el derecho a la prestación.

(35) DE BUEN, DEMOFILO. Comentarios en la Traducción de Curso Elemental de Derecho Civil por A. Colín y H. Capitant, Ed. Reus, Madrid 1924, pág. 673.

DERECHO CIVIL PERUANO

Este Código, promulgado el 14 de noviembre de 1935, mismo que de regó al de 1852, en términos generales se inspira en la orientación germana, bien directamente, bien a través de otros Códigos influenciados por la misma como lo son el de Brasil y el de Suiza.

La mayoría de tratadistas peruanos, considera a la estipulación a favor de tercero como un contrato, por ejemplo Angel Gustavo Cornejo bajo el título de "Contratos" aborda el estudio de esta Institución indicando es notoria la reglamentación de tales estipulaciones - cuya eficacia no requiere la aceptación de éste (tercero). La propia exposición de motivos del Libro Quinto del Código Civil, al referirse a los contratos reglamentados en su sección Cuarta, hace alusión en el Título Segundo, a las estipulaciones a favor de tercero.

Es de notarse pues, que el derecho peruano, debe considerar y -- considera a la estipulación a favor de tercero, como una materia que debe ser necesariamente reglamentada bajo el rubro de "Contratos", -- ello no es, sino resultado de una evidente falta de conocimiento de -- la verdadera naturaleza jurídica de la institución que estudiamos. Ya indicamos que en la propia exposición de motivos, se reglamenta bajo este título y además, agrega "Los Códigos de tendencia clásica, exigen el consentimiento del tercero para que éste adquiriera el derecho -- estipulado a su favor, pero otros más progresivos, como el Alemán y -- el Suizo, permiten la adquisición por el tercero del derecho estipulado a su favor, sin necesidad de que preste su consentimiento. La influencia de esta figura, es mayor cada día, y deja sentir sus efectos tratándose de los contratos colectivos de trabajo, de los seguros -- colectivos contra accidentados, de las fundaciones o del seguro individual, cuando se pacta en beneficio de un tercero. El proyecto no requiere la aceptación del tercero, y concede al estipulante el derecho de substituir al beneficiario independientemente de la voluntad de éste y de la del otro contratante si se reservó esa facultad por estipulación expresa" (36).

(36) "Revista del Derecho y Ciencias Sociales y Políticas", Año I, -- Núm. 2, Pág. XXI.

LEGISLACION ARGENTINA

En el proyecto de reformas al Código Civil Argentino que transcribimos se ve claramente la influencia de la Legislación Alemana, pues como se anota al finalizar cada uno de los artículos siempre encuentra concordancia con equivalentes del Código Germano por lo que, son válidas las críticas y observaciones hechas en la parte relativa a esa Legislación.

PROYECTO DE REFORMAS AL CODIGO CIVIL ARGENTINO

- Art. 844.- Puede estipularse por contrato a favor de tercero. Este obtendrá directamente los derechos derivados de la convención en los términos que ella establezca. (Concordancias Art. 328 del Código Civil Alemán y 71 del Anteproyecto de Babiloni).
- Art. 845.- A falta de cláusulas especiales, se entenderá a las circunstancias y al objeto del contrato, para determinar si el tercero adquiere derechos, y bajo qué condiciones, si queda o no reservada a las partes la facultad de modificarlos o suprimirlos sin asentimiento del beneficiario. (Concordancias Art. 328 del Código Civil Alemán y 72 del Anteproyecto de Babiloni).
- Art. 846.- Cuando en un contrato de seguro sobre la vida o en la constitución de una renta vitalicia se hubiere estipulado el pago a favor de tercero, se presume que éste adquiere directamente la presentación. Lo mismo regirá para el beneficiario de un cargo impuesto en actos a título gratuito u oneroso. (Concordancias; Art. 330 del Código Civil Alemán y 74 del Anteproyecto de Babiloni).
- Art. 847.- Si la prestación debiera efectuarse después de fallecido el estipulante, el tercero beneficiario obtendrá el derecho de partir del deceso de aquél. -- Hasta entonces, será lícito al que contrató revocar o modificar la disposición. Tal facultad no compete a los acreedores, ni a los herederos excepto cláusula expresa.

Cuando el beneficiario falleciere con anterioridad, su derecho no se transmite por sucesión. (Concordancias; Art. 331, Código Civil Alemán y 75 del Anteproyecto de Bibiloni).

Art. 848.- Los contratantes pueden reservarse las facultades de revocar el beneficio o de substituir al tercero y también concederlas sólo al estipulante. En este último caso, lo mismo que para los previstos en el artículo anterior, esos derechos se ejercerán por declaración notificada a la parte que prometió, o bien por cláusula testamentaria.

Pueden asimismo convenir que el beneficiario sea ulteriormente designado por el estipulante. (Concordancias; Art. 331 del Código Civil Alemán y 76 del Anteproyecto de Bibiloni).

Art. 849.- El tercero podrá repudiar lo estipulado a su favor, esta facultad se extingue por aceptación expresa o tácita. La renuncia será irrevocable y suprimirá el derecho del beneficiario como si nunca hubiere existido; (Concordancias; artículo 334 del Código Civil Alemán y 77 del Anteproyecto de Bibiloni).

Art. 850.- El autor de la promesa podrá oponer al tercero todos los medios de defensa y las excepciones derivadas del contrato (Concordancias; artículo 334 del Código Civil Alemán y 78 del Anteproyecto de Bibiloni).

Art. 851.- El estipulante podrá hacer uso de las facultades emergentes del incumplimiento, como también resolver el contrato cuando el autor de la promesa no realizara la prestación a favor de tercero. Le asistirá igualmente el derecho de exigir esta última sin perjuicio de que también pueda hacerlo el beneficiario. (Concordancias; artículo 335 del Código Civil Alemán y 79 del Anteproyecto de Bibiloni).

A propósito y dado a la brevedad de este trabajo no nos referi

remos en detalle a los antecedentes de la legislación argentina por considerarlo demasiado amplio para nuestro propósito, mencionaremos únicamente como antecedentes el Código promulgado en 1868 y el Anteproyecto de Biliboni que dedica a la materia del Artículo 71 al - 79. El vacío que en este punto se nota en la legislación argentina va a ser llenado en el Anteproyecto de reformas. Dedicamos un capítulo entero a esta materia inspirado en la legislación Alemana y dada la importancia que este trabajo tiene en la legislación Argentina, nos hemos permitido transcribirlo íntegramente.

(Publicado en los Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de la Plata, Tomo Noveno, año 1939, pág. 496).

LEGISLACION MEXICANA

Los principios adoptados por el código civil francés y por el proyecto del código civil español fueron introducidos en nuestro Código de 1870. El doctor Manuel Borja Soriano (37) expresa: "El hecho de que este Código (1884) sólo hay a reproducido en su artículo 1277 el principio general tal como venía desde el derecho romano y existe en el artículo 1119 del Código Napoleón y en el artículo 977 primera parte, del proyecto del código español y que no haya introducido la excepción consignada en los artículos 1121 del Código Napoleón y segunda parte del artículo 977 del proyecto de código español, comentado por García Goyena, es una prueba de que esta excepción no ha sido admitida por nuestro legislador, y, en consecuencia podemos afirmar que el principio adoptado por el Código de 1884, es el de que el tercero no puede exigir el cumplimiento de la obligación contraída por otra persona en un contrato en el que aquél no ha sido otorgante.

La circunstancia de que C y D estipulen que el pago sólo deberá hacerse a A, sólo significa que A es una persona designada para recibir el pago, de conformidad con lo previsto en el artículo 1541 del código civil, pero no que tenga derecho para exigir el pago y que D no puede exigir a C que le pague a él en vez de pagar a A".

El artículo 1277 del Código Civil de 1884, que corresponde al 1393 del Código de 1870, contiene esencialmente la norma según la cual, los contratos sólo obligan a las personas que los otorgan y por lo tanto, no pueden producir efectos más que entre aquellos que otorgan su consentimiento (38). El artículo 1705 decía: "El contrato de seguro es aquel por el cual una de las partes se obliga mediante cierto precio, a responder e indemnizar a la otra del daño que podrían causarle ciertos casos fortuitos a que está expuesta. Puede contratarse el seguro para la persona del contratante o para los herederos con tal que los designen expresamente en la escritura. Por su parte, el código de comer

(37) "Teoría General de las Obligaciones" Ed. México 1904, Imprenta Litográfica y Encuadernación de Ireneo Paz, Tomo I No. 510. pág. 335.

(38) "Código Civil del Distrito Federal anotado y concordado por Manuel Mateos Alarcón, Tomo II, pág. 10.

cio ordenaba que podía constituirse un seguro a favor de una tercera persona. Otro ejemplo de tales manifestaciones puede encontrarse en el contrato de renta vitalicia que estuvo regulada por este ordenamiento en el Capítulo IV Título XVII que trata de los contratos aleatorios "puede en fin, constituirse la renta vitalicia a favor de aquella o aquellas personas sobre cuya vida se otorga o a favor de otra u otras diferentes".

Como es de notarse nuestros códigos también expresaron la necesidad de consagrar en artículos especiales la figura jurídica que estudiamos.

En efecto, el código civil vigente en su artículo 1868 señala, que en los contratos se pueden hacer estipulaciones a favor de tercero sujetándolas a las disposiciones vertidas en los artículos 1869, 1870, 1871, 1872 y 1873.

Pasemos ahora a analizar el código civil en vigor, no sin antes dejar asentado que el legislador de 1928 termina en forma definitiva con toda una serie de tesis doctrinales sobre la naturaleza de la estipulación a favor de tercero, colocándola dentro de un capítulo especial denominado "De la Declaración Unilateral de Voluntad", acertando de la mejor manera a este respecto y colocándose en un nivel superior en que se encuentran la mayoría de los códigos contemporáneos, mismos que reglamentan esta institución bajo el rubro de "Contratos".

Pese a que nuestro legislador se inspira profundamente en el código del Imperio Germano, en algunos aspectos llega a superarlo. Así por ejemplo el primero de los ordenamientos crea y reglamenta una fuente específica y nueva como lo es la Declaración Unilateral de Voluntad (Libro Cuarto, Primera Parte, Título Primero, Capítulo Segundo) dentro del cual introduce lo que podríamos llamar formas nombradas de declaraciones unilaterales de voluntad, que crean obligaciones y derechos, sin que el número de manifestaciones de esa fuente sean las únicas y definitivas, sino que da la posibilidad de que se introduzcan nuevas formas que las necesidades sociales creen.

Con esas observaciones creemos suficientemente estudiada la figura materia de nuestro estudio respecto al Derecho Mexicano ya que, profundizar más sobre esta figura en este inciso específico, expondría a ciertas repeticiones.

CAPITULO II

LA ESTIPULACION A FAVOR DE TERCERO
SU ESTRUCTURA Y NATURALEZA JURIDICA

- E S T R U C T U R A -

Elementos personales: Los elementos personales que intervienen en la figura materia de nuestro estudio son tres: el estipulante, el promitente y el tercero beneficiario.

a) Estipulante: Es la persona interesada en obtener de su contratante un beneficio en favor de un tercero. La cualidad jurídica de este elemento, reviste una singular naturaleza, pues no gestiona a favor del tercero ni lo representa, porque el contrato se suscribe en nombre propio, y, dentro de él, el segundo elemento a que enseguida nos referiremos manifiesta su voluntad de obligarse a realizar una prestación a favor de un tercero por lo que, sin existir relación alguna entre el estipulante y tercero beneficiario manifiesta su voluntad de obligarse dentro de un contrato sin que la prestación al tercero sea parte del mismo contrato.

b) Promitente: Es el contratante del anterior (estipulante); es la persona que debiendo ser como el anterior, capaz de celebrar contratos, es decir, de obligarse, manifiesta su voluntad de quererse obligar en un contrato hacia una persona extraña al mismo y que recibe el nombre de tercero beneficiario.

Relaciones entre el estipulante y el promitente.- Las relaciones que se generan entre estos dos elementos personales, se derivan en forma exclusiva del contrato en que se da la estipulación a favor de tercero, dependiendo del contrato o del tipo de contrato que el promitente y el estipulante hayan celebrado.

c) Tercero beneficiario: Es el elemento pasivo del contrato que contiene la estipulación, y activo en el momento que conoce la estipulación creada en su favor; el tercero no ha intervenido en el contrato entre el promitente y el estipulante; en la mayoría de los casos ni siquiera tiene conocimiento del contrato subyacente éste tercero beneficiario; dependiendo del tipo de contrato subyacente, toma el nombre del mismo, ya sea rentista vitalicio o simple beneficiario en el de seguros.

Relaciones entre el promitente y el tercero beneficiario.- El -- tercero, desde la fecha de conclusión del contrato subyacente en el que la estipulación se da, adquiere un derecho efectivo de crédito o mejor dicho, un derecho personal en contra del promitente, una acción para -- exigirle el cumplimiento de lo prometido a su favor, pero carece de la acción necesaria respecto al contrato, por no haber intervenido como -- parte en el mismo. El promitente, está facultado para oponer al tercero beneficiario las excepciones que resulten del contrato, trátase de nulidad, anulabilidad o inexistencia "La obligación del promitente hacia el tercero está limitada, en cuanto a su contenido, de igual manera que si el promisorio (estipulante) fuese el único acreedor". (39) De acuerdo -- con nuestro artículo 1872 del Código Civil vigente las objeciones que -- se deriven del contrato, podrán hacerse valer frente al tercero beneficiario.

Relaciones entre el estipulante y el tercero beneficiario.- En -- general, la estipulación a favor de tercero, por sí misma no crea ninguna relación entre el estipulante y el tercero beneficiario, es decir, -- no crea ninguna relación jurídica pero normalmente tiene como origen el deseo de hacer un beneficio al tercero por ejemplo, en la mayoría de -- los seguros de vida al actuar el asegurado como estipulante la compañía aseguradora como promitente y el tercero como beneficiario. Aunque esto último sea metajurídico, repetimos es normalmente la causa de la figura jurídica "estipulación a favor de tercero".

Capacidad de los elementos personales.- En cuanto a la capacidad -- para obligarse, los únicos que deben poseerla plenamente, o sea capacidad de goce y ejercicio son el estipulante y el promitente, toda vez -- que son los elementos personales únicos del contrato subyacente. En -- cuanto al tercero beneficiario, basta con la simple capacidad de goce -- para que pueda ser tal, dado que no interviene en la relación contractual pues nunca fué parte de ella.

Elementos objetivos.- Para que nuestra conclusión sea lógica y por la tesis que encierra este trabajo en la estipulación a favor de tercero existen únicamente dos elementos objetivos, un contrato y una declaración unilateral de voluntad.

(39) ENNECERUS LUDWING. "Derecho de las Obligaciones", traducción de -- la 35 Edición Alemana, Librería Bosch. Barcelona 1933, Vol. I. pág.137.

Por simple disciplina de método expondremos sintéticamente el -- concepto de contrato y de declaración unilateral de voluntad.

Contrato: Etimológicamente la palabra contrato deriva de las -- palabras latinas "Cum-tratus que significa acuerdo de voluntades". El derecho romano clásico estableció diferencias entre convención y con--trato propiamente dicho, de tal suerte que la primera llamada "pactum" o convenio era un simple acuerdo de voluntades que no involucraba nin--guna obligación, ni se deriva de éste acción alguna; en oposición a la convención se encontraba el contrato que sí producía vínculo obligato--rio acompañado de formalidades respaldándolo una acción y por ende, de da la coercibilidad que engendraba, producía un vínculo obligatorio.

Nuestra legislación en el código civil de 1928 define el conve--nio genéricamente diciendo: Art. 1792.- "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligacio--nes" y en el artículo 1793 define el contrato apuntado: "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones o derechos toman el nombre de contratos".

El derecho positivo mexicano y las legislaciones de casi toda Lati--no-América, se inspiran en el derecho romano y en la legislación france--sa, particularmente en esta última.

Declaración Unilateral de Voluntad.-- El código civil vigente esta--blece en el Libro IV, primera parte, Capítulo II, Arts. 1860 al 1872, --tres formas diversas de declaración unilateral de voluntad a saber:

1.- Oferta al público, la cual encierra tres formas:

- a).- Oferta de venta.
- b).- Promesa de recompensa.
- c).- Concurso con promesa de recompensa.

2.- Estipulación a favor de tercero.

3.- Documentos civiles pagaderos a la orden del portador, regidos --esto últimos por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Borja Soriano expresa: "En principio la manifestación unilateral de voluntad no obliga a su autor; la obligación no toma nacimiento sino en el momento en que esta manifestación de voluntad es aceptada por aquel o aquellos a quienes es dirigida". (40)

(40) BORJA SORIANO MANUEL, "Teoría General de las Obligaciones" Ed. Méxi--co, 1904. Ob. cit. pág. 343.

Elementos de la estipulación a favor de tercero

Elementos Esenciales: a).- Un acuerdo de voluntades entre estipulante y promitente a fin de originar un derecho a favor de tercera persona. b).- Un objeto, materia de ese acuerdo de voluntades, que puede consistir en un dar, en un hacer o en una abstención.

Elementos de Validez: O sean los relativos a su eficacia son: - a).- Capacidad del promitente y del estipulante. b).- La forma requerida por la ley para la manifestación del acuerdo de voluntades o sea para la celebración del contrato. c).- La ausencia de vicios del consentimiento por parte del promitente y del estipulante. d).- La licitud en el objeto, motivo o fin del contenido de la obligación que mediante el contrato se establece.

- N A T U R A L E Z A J U R I D I C A -

En este apartado revisaremos algunas teorías expuestas por diversos juristas que tratan de explicar la esencia de la estipulación a favor de tercero. En la inteligencia de que en el ámbito nacional, son dos las posturas que pugnan por la veracidad de sus afirmaciones. Quienes pretenden situar a la estipulación como una declaración unilateral de voluntad simple y llanamente, y quienes la conceptúan como un contrato. En relación con las teorías que a continuación exponemos, se tratará de refutarlas en la misma exposición, ya que, no es materia de discusión para nosotros la explicación que dichas teorías tratan de darle a la naturaleza de la estipulación a favor de tercero.

Teoría de la Oferta.- Sus sostenedores Juan Carlos Florente -- Demolombe, (41) F. Laurent, M. Wahl mencionado por A. Colin y H. Capitant y Duranton y Lorombiere (42), afirman que hay un contrato inicial en el que toman parte dos personas, posteriormente ya perfeccionado este contrato, surge un segundo, cuando el estipulante (o el promitente como afirma Taulhier, "Obligaciones" Tomo VI núm. 155).

(41) FLORENTE DEMOLOMBE JUAN CARLOS, Tomo I, Segunda Sección. No. -- 248, F. Laurent. Tomo XV, número 599, M. Wahl.

(42) COLIN A. Y CAPITANT H., Duranton y Lorombire, citados por De -- Gasperi "Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino", Vol. Primero No. 333, pág. 272.

le oferta los beneficios de aquel primer contrato o una persona que ha permanecido ajena al mismo. De donde los beneficios pasan en primer término del patrimonio del estipulante al del tercero beneficiario, en un segundo momento con la aceptación de ellos por parte del tercero, "ésta es una oferta que se le ha hecho y él debe aceptarla; cuando él la acepta, el ofrecimiento se convierte en un contrato que obliga a todas las partes interesadas o sean el estipulante, el promitente y el tercero, si la oferta implica una obligación" (43). "La estipulación hecha por el estipulante en beneficio de un tercero, constituye una oferta a su dirigido (o sea a quien se dirige él) y que - por esta oferta no puede ser aceptada por él como cualquier oferta"- Demolombe (44). Es decir, existe un contrato inicial que celebran dos personas; perfeccionado este primer contrato surge un segundo cuando el estipulante ofrece los beneficios del primero contrato a un tercero, que los acepta. Los derechos del primer contrato pasan del patrimonio del estipulante, al del tercero en virtud del segundo contrato. La crítica salta de inmediato; en cuanto a sus efectos, durante todo el tiempo en que dichos beneficios están dentro del patrimonio del - estipulante, quedarán sujetos a una serie de riesgos producidos bien por una quiebra concurso, embargo o muerte; situación que no contempla en la estipulación a favor de tercero, como oportunamente habremos de comprobar. En cuanto a la primera de estas hipótesis, el tercero, forzado por tales circunstancias, sólo podrá acudir a la quiebra como un acreedor común. Situación por demás inaceptable ya que - no responde a las exigencias económico-sociales que justifican la - aplicación de esta figura que exige cada vez con mayor urgencia la - clarificación de su naturaleza.

Teoría de la Gestión: -El estipulante viene a ser un gestor de - negocios del beneficiario. Cuando éste otorga su consentimiento ratifica lo actuado por el estipulante ante el promitente; es decir que el tercero toma el lugar del promitente y ratifica con carácter retroactivo lo acordado por el estipulante, en este caso su gestor. Esta teoría que pretende explicar la naturaleza de la estipulación a favor de tercero, hace intervenir los principios de la gestión de - negocios. Aunque no acarrea con ella los inconvenientes de la teoría

(43) LAURENT, Ob. cit. No. 559.

(44) DEMOLOMBE, Ob. cit. No. 248.

de la oferta, resulta un tanto forzada e ilógica; pues como debe hacerse notar los principios que rigen la figura a la cual se trata de asimilar, obedecen en primer lugar, a motivaciones muy distintas pues en el caso de la gestión de negocios el motivo principal de la actividad oficiosa del gestor es, por razones meramente subjetivas y en el caso de la estipulación a favor de tercero, existe una razón objetiva y concreta que impulsa a actuar al promitente: El contrato subyacente, amén de que si se trata de hacer un paralelo de estas dos figuras resultaría diametralmente desproporcionada.

Otra crítica podríamos hacer en atención a los efectos de la revocación. El estipulante antes de que el tercero beneficiario manifieste su voluntad en el sentido de querer aprovechar de la estipulación, tiene el derecho de revocarla, sin que nada lo impida, situación que no se contempla en la gestión de negocios pues el gestor jamás tendrá acción para ejercitar un derecho de esa naturaleza en relación con lo gestionado a beneficio del propietario del negocio.

Tampoco consideramos de aceptarse esta teoría, no obstante que funcione para efectos prácticos; creemos que no es saludable desde el punto de vista del desarrollo del derecho el forzar a alguna figura que pudiera tener un lugar independiente en moldes previamente establecidos.

Teoría de la Creación Directa de la Acción.—El beneficiario, en virtud del contrato celebrado entre el estipulante y el promitente, — tiene una acción directa que deducir contra éste último. Los contratos no aprovechan ni benefician a los terceros sino exclusivamente a los que en ellos intervienen, y que por ser esta una excepción el contrato produce un derecho en provecho directo de un tercero, de la misma especie del que se crea entre los contratantes, o sean, estipulante y promitente.

Esta teoría esencialmente mecanista, explica el funcionamiento de la estipulación a favor de tercero, pero nunca, la naturaleza jurídica de la figura que estudiamos. Planiol expresa: "... pero esa acción no explica la naturaleza jurídica de la estipulación a favor de tercero, es que se trata de la parte mecánica de ese fenómeno y no lo que se busca: es de donde nace la acción del tercero. Decir como lo hace el sostenedor de esta teoría que la naturaleza jurídica de la estipulación a favor de tercero es "la creación directa de la acción" es

dar una explicación material de lo que sucede en el fenómeno. (45)

Esta teoría es inaceptable al igual que las anteriores expuestas, pero aún más, pues ni siquiera intenta abordar la naturaleza jurídica de la figura que estudiamos.

Teoría de la Declaración Unilateral de Voluntades. - Sostiene que, en efecto, un contrato es necesario para la producción de esta figura. Pero que debemos tomarlo como independiente a la figura en sí. Una vez hecho el acuerdo de voluntades, surge, como una declaración unilateral del promitente, el derecho del beneficiario, que hasta entonces había permanecido totalmente ajeno al negocio jurídico.

La estipulación a favor de tercero, conceptuándola como una declaración unilateral de voluntad, surge primeramente en Alemania a través del jurista Siegel (1873). Posteriormente pasa a Francia y la adoptan Lambert, Planiol, Colin y Capitant. Por estos últimos llega a México,

En nuestro ámbito, varios autores se han pronunciado abiertamente sobre la estipulación en favor de tercero como una declaración unilateral de voluntad. Si bien, y esto lo reconocemos a quienes impugnan esta postura, nuestros autores muy poco o nada han analizado la institución, concretándose, en la mayoría de las veces, a emplear argumentos legales para cimentar su postura. Los argumentos legales, en favor de esta teoría, no podemos admitirlos, pues de acuerdo con Donelli, "La función de la ley no es crear categorías jurídicas. Esta es la labor de la doctrina y entra en la técnica del derecho. El legislador dispone, no clasifica; si lo hace, se expone a ser criticado como cualquier expositor de sistema científico, y lo que es peor, a contradecirse a sí mismo". (46)

Borja Soriano dice: "El Código de 1928 en el Capítulo denominado de la Declaración Unilateral de Voluntad coloca los artículos relativos a estipulación a favor de tercero. Esto quiere decir que nuestro Código ha adoptado la teoría según la cual la fuente de la obligación del promitente para con el tercero es la voluntad unilateral de aquél, que no es de carácter contractual, sin dejar de reconocer que esa obligación nace en el contrato celebrado entre promitente y estipulante".

(45) PLANIOL, Ob. cit. pág. 123.

(46) BORJA SORIANO, Ob. cit. No. 535.

Gual Vidal afirma: "Ya hemos de ver cómo en el Código vigente se admite de manera expresa la estipulación para otro y se le da una reglamentación especial; es más, la colocación de la materia de la estipulación a favor de tercero nos da la naturaleza jurídica de la misma estipulación, naturaleza que ha sido tan discutida en doctrina ... por hipótesis, la estipulación a favor de tercero significa que sin representación, el estipulante estipula -de ahí su nombre- a favor de -tercero beneficiario, de tal suerte que el promitente se obliga directamente con el tercero beneficiario, que deriva una acción directa -- para exigir el cumplimiento de esa promesa".(47)

De acuerdo con Rojina Villegas, la estipulación a favor de tercero "tiene como fuente según el Código Civil en vigor, la declaración unilateral de voluntad del promitente hecha a propósito de un contrato, por la que se obliga en favor de un extraño al mismo, a cumplir - una prestación o una abstención. Para nosotros no existe ya dificultad de orden teórico ni práctico, dado que el Código Civil reconoce - en el capítulo de la declaración unilateral de voluntad, como una forma especial, la estipulación a favor de tercero". (48)

Lozano Roman dice: "Debemos afirmar que la estipulación a favor de tercero debe quedar comprendida dentro del capítulo de la Declaración Unilateral de Voluntad, pues ya abordado este problema desde el punto de vista de nuestro derecho positivo, para que la clasificación de las fuentes de las obligaciones estuviese más de acuerdo con el -- tecnicismo jurídico moderno se comprendieron algunas materias que en el Código anterior figuraban entre los contratos, en un título especial denominado las obligaciones no contractuales, así vemos que la comisión redactora del Código vigente hizo una reglamentación atendiendo a las doctrinas modernas más progresistas y avanzadas entre -- las que podemos mencionar la Alemana y la Suiza" (49)

Como antes afirmábamos, nuestros juristas parece que se han basado exclusivamente en argumentos de orden legal para apoyar su postura. Sin duda estos argumentos tienen un valor. Pero no es el único apoyo en que debe sustentarse una posición jurídica, la lógica jurídica y -- más claramente, el sentido común cabe como argumento decisivo al tratarse en esta figura. Tampoco debemos pretender encuadrar necesaria--

(47) GUAL VIDAL. "Apuntes de Obligaciones" págs. 335 y 336.

(48) VILLEGAS ROJINA RAFAEL. Ob. cit. pág. 238.

(49) "Exposición de Motivos del C.C. de 1928"

mente las figura jurídicas complejas, en los moldes establecidos con anterioridad. Es deber del jurista, sin embargo, no crear sin necesidad categorías jurídicas diversas, si las existentes responden, en una u otra forma, a solucionar o demostrar la naturaleza de las novedosas.

Tesis Contractual.- Sostiene esta teoría Raymundo S. Saleilles basándose en forma absoluta en los viejos moldes contractuales. Explica que la obligación surge del contrato o sea el acuerdo de voluntades que transfiere o crea obligaciones y derecho, por lo tanto, — sin discusión alguna, afirma que la fuente de la estipulación a favor de tercero está precisamente en este instituto jurídico sin que exista posibilidad de ningún género de localizar su fundamentación en otro ámbito. Si la obligación a favor de tercero con cargo al promitente proviene de un contrato celebrado entre éste y el estipulante, su causa eficiente es sin duda el acto contractual. La tesis así expuesta por Saleilles es fácil blanco de una serie de lógicas críticas. Ya en su oportunidad, en el capítulo de síntesis de esta monografía, al tratar sobre la doctrina predominante a este respecto, — habremos de referir las acervas críticas jurídicas que se enderezan en su contra, principalmente por sostenedores de la teoría que estudiamos.

Miguel Angel Hernández Romo en su Tesis Profesional concluye — "La estipulación a favor de tercero es un contrato, absolutamente un contrato, exclusivamente un contrato" (50). Veamos a grandes rasgos los argumentos que se esgrimen, al tratar de evidenciar que el derecho del beneficiario nace con el acuerdo de voluntades entre estipulante y promitente.

a).- Argumento Gramatical.- Estipular dicen, significa, de acuerdo a diferentes enciclopedias y diccionarios, contratar. Así lo define Escriche y el Diccionario de la Real Academia. "Estipular: contratar o pactar mutuamente sobre alguna materia; y aceptar uno lo que — otro le promete, en cierta forma jurídica y solemne, es decir, por — pregunta y respuesta o bien sin esta formalidad. Estipular se opo— ne a prometer: el que pregunta a otro si quiere darle o hacerle tal

(50) HERNANDEZ ROMO MIGUEL ANGEL. Tesis Profesional. Escuela Libre de Derecho, Último párrafo. pág. 35.

o cual cosa, se dice que estipula; y el que responde accediendo a dar ó hacer lo que se pide, se dice que promete. De aquí es que la convención que resulta de la pregunta y respuesta, pueden llamarse indife--rentemente estipulación o promesa. Estipular viene según unos, de la palabra latina "stipes" que significa tronco, o de "stipulum" que -- significa firme, por razón de la estabilidad y firmeza que adquiría -- la convención con la pregunta y respuesta; y según otros viene su ori--gen de "stipula" que significa paja, porque los antiguos, en señal de conclusión y perfección de sus contratos, partían una paja" (51)

El anterior argumento es evidentemente válido pero siempre y -- cuando se trate de demostrar exclusivamente el significado del térmi--no "estipular". Sobre ello, que nosotros sepamos, nunca ha habido con--troversia. Esta surge cuando se trata de estipular o contratar en fa--vor de una persona ajena a essa estipulación o a ese contrato. De mo--do que todo lo que se diga para demostrarnos que estipular es igual -- que contratar en nuestro derecho, resulta de profunda ociosidad.

b).- Argumento Histórico.- Por este argumento se trata de poner de relieve que durante la historia del derecho, la máxima "Alteri stipulari nemo potest" no es valedera en cuanto la imposibilidad de ha--cer nacer un derecho a persona extraña. Nadie pueda contratar en fa--vor de tercero, se dice, de tal manera que si es posible otorgar a un tercero una facultad por el consensu de dos partes, ese tercero debe conceptúarse como formando parte del contrato. Y así, se otorga a -- la máxima latina una transformación diciendo que de "nemo potest alteri stipulari", se convierte en "Alteri stipulari quicumque potest" (Se prohíbe estipular en favor de tercero, o se permite estipular en favor de tercero). Estimamos que este argumento no es válido. Es cla--ro que se permite estipular en favor de una persona extraña al contrato, esto no nos saca de dudas pues lo que trata de deducirse es la naturalidad de la figura contemplada desde los tres diferentes ángulos -- que en última instancia soporta esta institución. Qué es, cabría pre--guntar, para el beneficiario esta institución. Si es ajeno al contrato, ajeno también deberá permanecer en la investigación de la natura--leza de "eso" que le hace nacer un derecho. Pero tampoco podemos limitarnos a explicar esa naturaleza parcialmente, de modo que la visión

(51) HERNANDEZ ROMO MIGUEL ANGEL, Tesis Profesional. 1960. Escuela Libre de Derecho.

del beneficiario también nos resultaría incompleta si no contamos con la opinión de los otros dos elementos.

En fin, quienes aceptan esta posición se apoyan en un sinnúmero de argumentos como el lógico jurídico, el argumento de autoridad, el argumento legal, y además, argumentos jurisprudenciales. Se puede reducir la posición a lo siguiente: el derecho a favor de un tercero nace por el acuerdo de voluntades entre dos personas, estipulante y promitente; tan es así, que si el promitente emite una declaración en su oferta y ésta no es aceptada por el estipulante, el derecho en favor del tercero no nace y por ende no hay estipulación en favor de tercero.

C A P I T U L O I I I

S I N T E S I S Y C O N C L U S I O N

- S I N T E S I S -

Hemos visto hasta ahora, esencialmente, que de la existencia de la institución jurídica "Estipulación en Favor de Tercero" se han motivado diversas posiciones tratando de explicar su naturaleza. Las principales posturas al respecto pueden reducirse a las tesis que la considerarán como una declaración unilateral de voluntad y aquellas que la conceptúan como un contrato.

Analizamos brevemente los elementos de la declaración unilateral de voluntad e hicimos lo mismo con los del contrato.

Según nuestra opinión, ninguna de las dos posturas llega a dar una explicación satisfactoria de esta figura jurídica. Ambas, contemplan a la institución desde ángulos de vista por demás parciales. Ya en páginas anteriores apuntábamos que el jurista tiene como deber no crear categorías jurídicas innecesarias. Pero igualmente se le presenta como carga, el no limitarse arbitrariamente a los moldes previamente establecidos por la doctrina.

El derecho, como la sociedad y la vida son procesos dinámicos. No es posible detenerlos y normarlos por siempre con los mismos criterios. El derecho tiende a la fijeza y estabilidad, pero debe ser susceptible de modificación de acuerdo con las nuevas exigencias que imponen la experiencia y el progreso. Pero al propio tiempo, no se pretende una carrera desenfrenada y continua. Debemos siempre buscar el equilibrio. Si el punto de apoyo fijo que se considera ya no responde a las exigencias del dinamismo vital, debemos hacerlo de lado y reflexivamente, substituirlo por otro de mayor amplitud que llene los requerimientos exigidos por su contorno. Ni la inamovilidad constante ni tampoco la anarquía en la cambiante realidad. La búsqueda de la estabilidad con la libertad de criterio y el deseo de encontrar soluciones, es el principio básico de cualquier desarrollo sano. No se desvirtúa una teoría sino hasta encontrar una solución mejor al problema que trata.

Mientras tanto, la antigua puede seguir siendo válida. En esa

teoría se apoyarán las decisiones y con ella se dirimirán las controversias. Cuando esa teoría ya no dé más de sí, la búsqueda por la amplitud es perfectamente lícita, no sólo como deber sino como necesidad impuesta por la naturaleza de las cosas.

Creemos que este es precisamente el caso de la figura que tratamos de analizar. Nuestros teóricos se han perdido en los moldes estrechos de la tradición y no pueden o no quieren conceptuar una determinada naturaleza como distinta siquiera parcialmente, de lo tradicionalmente conceptuado.

Según nuestro punto de vista, la estipulación en favor de tercero no es sólo una declaración unilateral de voluntad. Pero tampoco constituye únicamente un contrato. Participa de las dos naturalezas y es por esta razón que nos atrevemos a considerarla como una figura compleja o "sui generis". Al llamarla "sui generis", no pretendemos dejar sin solución el problema de su naturaleza. No significa adoptar una postura cómoda de "resúmdero" de problemas irresolubles. La llamamos "sui generis", precisamente por participar de dos naturalezas. Por la misma razón es compleja. En esto estriba precisamente, el distanciamiento con los cánones tradicionales. No creemos que siga siendo suficiente el punto de apoyo tradicional para equilibrar nuestra posición.

Es cierto que existe un contrato. Es cierto que ese contrato es condición de existencia de la estipulación, pero esta figura aislada no se puede considerar sino parcialmente como contractual en cuanto a su fuente. La estipulación en favor de tercero no es autónoma, en tal caso, sería lisamente una declaración unilateral de voluntad. Participa del contrato en cuanto a su nacimiento pero se desliga de él o mejor dicho, está condicionada de él. El objeto del contrato subyacente es precisamente "una declaración de voluntad" de una de las partes respecto a un tercero beneficiario y por completo "ajeno" al contrato.

El que haya sido originada por un contrato no nos permite afirmar que como tal, tenga naturaleza contractual plena. Sería esto tanto como afirmar que la capacidad jurídica es un hecho, pues sin el hecho jurídico del nacimiento no podría haber "persona" y sin ésta, sería imposible la capacidad. Así pues, la estipulación es un acto jurídico complejo. Se hace la declaración porque se está obligado a --

ello. Es el objeto de un contrato. En igual forma, excúsesenos el ejemplo, que una puerta existe en una casa porque hay casa, pero de ninguna manera podemos identificarla con ella. El contrato subyacente tiene como contenido un hacer que es precisamente la declaración de voluntad referida al beneficiario. Si este tercero beneficiario no acepta, no por esto se puede afirmar que el contrato original no se perfecciona y sin embargo, en cualquier contrato con contenido de dar o hacer, cuando la contraparte no acepta, evidentemente el contrato no puede perfeccionarse. En la estipulación es irrelevante la aceptación del beneficiario precisamente porque no se identifica con el contrato. Este se cumple -repetimos- haciendo precisamente la declaración.

En cualquier contrato debe contemplarse, para la explicación de su naturaleza, el interés que tienen o pueden tener las personas a quienes recaerá una consecuencia. En el caso que analizamos, no existe problema en considerar que desde los puntos de vista de estipulante y promitente se trate de un contrato. Pero qué podemos decir en cuanto al punto de vista del beneficiario que ha sido totalmente ajeno a la celebración y a los términos de esa convención?. Para él se trata evidentemente de una oferta que se le hace, de una declaración independiente que puede beneficiarlo.

Antes hemos dicho, no podemos explicar esta institución partiendo del punto de vista de estipulante y promitente, ni es válido tampoco contemplarla sólo del ángulo del beneficiario. Los tres ángulos han de tomarse en consideración. Lo puramente contractual (estipulante y promitente) y la declaración unilateral.

Todavía más, si nos atrevemos a llamar a la estipulación como acto complejo se debe a la relación inmediata de causa a efecto que en el caso se dá: El efecto inmediato del contrato, es la declaración que pronuncia, es el poner en disposición del beneficiario ese dar o hacer. Si encontramos que la inmediatez no fuera tal, no tendríamos por qué mencionarlo como acto complejo sino simplemente, de declaración unilateral de voluntad.

Volviendo al ejemplo antes expuesto, todos los actos jurídicos entre los hombres se dan precisamente porque ellos existen partiendo del hecho jurídico de su nacimiento. Pero todos éstos actos jurídi

cos cobran una independencia aparte de aquel hecho que los hizo posibles. Es su relación casual tan alejada que para explicarlos, debemos desentendernos de esa causa primaria. Estimamos que éste precisamente el caso de la estipulación a favor de tercero.

Debemos pensar además ¿qué no es posible que un acto jurídico -- contractual tenga por objeto otro acto jurídico?. El contrato en este caso entre estipulante y promitente tiene como objeto una declaración unilateral de voluntad. El promitente cumple declarando al beneficiario, poniendo a su disposición un derecho. Aquí termina la misión del contrato. Yo beneficiario, puedo exigir, en vista de la declaración -- que se me hace, e incluso con apoyo en el propio contrato, que se me sostenga ese ofrecimiento. Arguyendo frente al promitente que "él" es tá obligado por ese contrato a lanzarme la declaración.

En el orden de ideas de los contractualistas deberíamos admitir que también la oferta al público es un contrato, cuando esa oferta se hace por comerciante establecido y cuyos surtidores o proveedores -- actúan con ese comerciante precisamente por su calidad de tal, precisamente porque va a distribuir al público. Como tú comerciante vas a poner a la venta mis productos, te daré un precio especial para que -- ganes. Y ese precio está en función de que los pongas en venta al público. Entonces esa oferta, como solamente es dable porque el comerciante recibió los productos para ese objeto y a través de un contrato de compra-venta, su naturaleza tendría que ser precisamente contrato tual. Sería a todas luces absurdo pensar en esta forma.

Los matices en la naturaleza de la causa tienen necesariamente -- que irse perdiendo a medida que el efecto se aleja. Un primer paso, -- da lugar a estimar el efecto como teniendo características propias -- y distintas de su origen. Un objeto hecho por el hombre, tiene inde-- pendencia y entidad propia aunque participe del hombre al ser éste su causa eficiente, su producter.

- C O N C L U S I O N -

La estipulación a favor de tercero es un acto complejo que nace de un contrato. Este contrato se perfecciona cuando se hace una "de-- claración al beneficiario". Esta declaración respecto al beneficiario tiene independencia, como declaración unilateral de voluntad. No es -- contrato, ni es, por la inmediatez de la causa, declaración unilate-- ral de voluntad, ya que la obligación del promitente, en la estipula--

ción en favor de tercero, consiste precisamente en hacer tal estipulación, porque así lo convino con el estipulante; mientras que en la declaración unilateral de voluntad, el declarante se obliga por sí mismo sin intervención de ninguna otra persona, por lo tanto. La estipulación a favor de tercero es un acto complejo que nace de un contrato.

- B I B L I O G R A F I A -

- BORJA SORIANO MANUEL.- Teoría General de las Obligaciones. Editorial Porrúa, S.A., México, 1939. Tomo I.
- CAMUS E.F.- Curso de Derecho de Obligaciones. Undécima Revisión por Heinrich Lehman. Traducción de la 35a. Edición Alemana con estudios de comparación y adaptación a la jurisprudencia y Legislación Española, por Blas Pérez González y José Alguer. Volumen - Primero Doctrina General. Librería Bosch. Barcelona 1933.
- ENNECERUS LUDWING.- Curso de Derecho Romano. Tomo V. Obligaciones - Segunda Edición. Universidad de la Habana, 1942.
- GARCIA GOYENA FLORENCIO.- Concordancia, Motivos y Comentarios del Código Civil Español. Tomo IV, Madrid 1852.
- GARCIA GIMENO FRANCISCO.- Apuntes de clase. Escuela Libre de Derecho 1960.
- GARCIA TELLES IGNACIO.- "Colaboración y Concordancia de nuevo Código Civil Mexicano" de 1932.
- GENY FRANCOIS.- Science et technique en droit prive positif. 1921. - Librería de la Societé du Recueil Sirey. París. Cuatro Vólu-
mes.
- GIOVANNI PACHIONNI.- Los Contratos a Favor de Tercero. Traducción de la última edición italiana, por Francisco Javier Oset. Edito-
rial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1948.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO.- Derecho de las Obligaciones. México - 1961. Ed. Cajica. Primera Edición.
- HERNANDEZ ROMO MIGUEL ANGEL.- Estipulación a Favor de Tercero, 1960.
- JOSSERAND LOUIS.- Derecho Civil y Completado por André Brun. Tomo - II, Volumen I. Teoría General de las Obligaciones. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Ediciones jurídicas. Euro-
pa América. Bosch y Cía. Editorial 1950.
- LAURENT F. Principes de droit civil francais. Cuarta Edición 33 Vó-
lumenes Bruxelles. Paris, 1887.

- ORTOLAN.**— Explicación Histórica de la Instituta del Emperador Justiniano. Con texto, traducción y aclaraciones al fin de cada párrafo. Precedida de una generalización del Derecho Romano. Traducida y anotada por Don José Jiménez Serrano. Tomo III, Madrid 1847.
- PETIT EUGENE.**— Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducción de la Novena Edición Francesa, y aumentada con notas originales — muy ampliadas en la presente edición por José Fernández González. Prólogo del Dr. José Ma. Rizzi. Editora Nacional, S.A. — 1951.
- PLANIOL Y RIPERT.**— Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz con la colaboración del Dr. Eduardo Le Riverend Brusone. Tomo VI. Las Obligaciones, primera parte 1946. Cultural, S.A. Habana.
- POTHIER.**— Tratado de las Obligaciones. Traducido al español con notas de Derecho Patrio por Don José Ferrer y Subirana, Don Mariano Noguera y Don Francisco Carles. Segunda Edición. Madrid 1972.
- ROJINA VILLEGAS RAFAEL.**— Derecho Civil Mexicano, Tomo V, Obligaciones, Volumen II. Antigua Librería Robredo. México, D. F. 1951.
- RUIZ RUEDA LUIS.**— La Fianza de Empresa a Favor de Tercero. México — 1956.
- VITTORIO POLACCO.**— De las Sucesiones. Tomo I, Ediciones Europa América Bosch y Cía. Editores.
- ALBERTO BLANCO.**— Curso de Obligaciones y Contratos en el Derecho Civil Español. Tomo I, Teoría General de las Obligaciones. Cultural, S.A., Habana, 1930.
- DEMOFILO DE BUEN.**— Por A. Colin y H. Capitant. Madrid 1924, Editorial Reus.
- ANGEL GUSTAVO CORNEJO.**— Revista del Derecho y Ciencias Sociales y Políticas. Año I, No. 2.