

revocables, quiere decir que dicha revocabilidad es esencia de la figura y por lo tanto irrenunciable. Finalmente, de aceptar la renunciabilidad del derecho de revocación, se propiciaría la explotación sentimental del donante para que otorgue la donación y renuncie a su derecho de revocación desde un principio.

A pesar de los razonamientos anteriores, el donante puede ahora unilateralmente incurrir en la nueva causal de separación para efectos de divorcio, solicitar éste para disolver el vínculo matrimonial, con lo cual se tornaría irrevocable la donación. La validez y el cumplimiento de ambos contratos (matrimonio y donación) se deja al arbitrio de una de las partes y lo peor es que no es con violación al artículo 1797 del C.C., sino con la sanción y autorización de nuestro sistema jurídico reformado. El "*pacta sunt servanda*" queda, día con día, carente de contenido.

Las reformas de 1983 no dan una solución expresa a los problemas planteados. La solución se da vía interpretación jurídica. Las reformas dotan de cierta consistencia a las soluciones dadas, por el solo hecho de que, ahora, la revocación de las donaciones entre consortes es severamente más complicada y difícil que antes. No obstante ello, las reformas hubieran sido mucho más atinadas si resolvieran expresamente las interrogantes planteadas y que sólo vía interpretación jurídica se pueden resolver.

Nos resta solamente recordar que, de acuerdo con el artículo 174 del Código Civil, los cónyuges requieren de autorización judicial para contratar entre ellos, salvo en los casos de excepción ahí señalados, así como los términos del artículo 176 del mismo ordenamiento que puede entenderse aplicable a las donaciones por analogía o mayoría de razón.



LOS CONTRATOS A FAVOR DE TERCERO

(Segunda parte)

HUMBERTO RUIZ QUIROZ

II. LEGISLACION Y DOCTRINA MEXICANAS

20. PRIMEROS CODIGOS MEXICANOS

Al independizarse nuestro país, siguió rigiendo en su territorio la legislación española, hasta que fueron apareciendo las primeras leyes mexicanas y, por lo que al derecho privado se refiere, el primer código promulgado en la República Mexicana fue el que expidió la legislatura de Oaxaca en los años de 1827 y 1828, que además fue el primero de Iberoamérica, según demostración convincente de un jurista oaxaqueño.⁸⁰

Los artículos que en este Código tratan de los contratos a favor de tercero, son una traducción de los que en el Código Napoleón llevan los números 1119, 1121 y 1165; traducción que merece la misma crítica hecha en la primera parte de este trabajo a las legislaciones dominicana y boliviana,⁸¹ pues sus autores tradujeron la preposición francesa *pour*, como *por*, cuando debió haberse traducido como *para*, según puede verse en el texto que transcribo a continuación:

ARTICULO 916. Nadie puede empeñarse ni estipular en su propio nombre sino *por* sí mismo.

ARTICULO 918. También se puede estipular en provecho de un tercero, cuando tal es la condición de una estipulación que se hace *por* sí mismo, o de una donación que se hace a otro.

El que ha hecho esta estipulación no puede revocarla, si el tercero ha declarado que quiere aprovecharse de ella.

ARTICULO 961. Las convenciones no tienen efecto sino entre las partes contratantes, no dañan a un tercero, y sólo le aprovechan en el caso previsto por el artículo 918.⁸²

⁸⁰ Ortiz-Urquidí, Raúl: *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana*, México, 1974, págs. 9 y sigs.

⁸¹ Véase la primera parte de este artículo en esta *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho (R.I.J)* número 7, págs. 312 y 313.

⁸² Ortiz-Urquidí, ob. cit. pág. 244.

No obstante estas deficiencias, es de destacar la labor de la legislatura oaxaqueña que, en una época tan difícil para nuestro país, como fue la de la primera República Federal, pudiera haber dado a luz el primer Código Civil iberoamericano.

Según las investigaciones de Ortiz Urquidi, en 1852 el mismo estado de Oaxaca promulgó un nuevo Código Civil, pero desgraciadamente su texto no ha llegado hasta nosotros;⁸³ pero en cambio sí conocemos el siguiente código civil vigente en una entidad de la República, que fue el que, para el Estado de Veracruz redactó el Magistrado Fernando de Jesús Corona y que entró en vigor el 5 de mayo de 1869.

Este ordenamiento disponía en su artículo 1350 lo siguiente:

“Los contratos sólo producen efecto respecto de las partes entre quienes se otorgan, pero si en el contrato se hubiere prometido alguna ventaja en favor de tercero, y éste la acepta y notifica su aceptación antes de ser revocada la promesa, puede exigir el cumplimiento de la obligación.”

Esta disposición siguió en su redacción al artículo 977 del proyecto de García Goyena, con algunas variantes de estilo y con la diferencia de que aquel proyecto prescribe la notificación de la aceptación por el tercero únicamente al promitente y el precepto transcrito del Código Corona no indica a quién debe notificarse la aceptación, por lo que debe concluirse que debe ser a ambos: promitente, por ser el obligado y estipulante, por ser quien puede revocarla.

21. CODIGOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1870 y 1884. En 1870 se promulga el primer Código Civil para el Distrito Federal y el único territorio entonces existente: el de Baja California; sin que se haga referencia en él, en forma general, a los contratos a favor de tercero; pero el artículo 1393 establecía el efecto relativo de los contratos, prescribiendo que éstos “sólo obligan a las personas que los otorgan”.

En 1884 se abroga el Código Civil de 1870, mediante la expedición de uno nuevo para las mismas entidades, el que, en su artículo 1277, repite el contenido del precepto antes transcrito.

Borja Soriano, a la vista de esa disposición, concluye que durante la vigencia de aquellos Códigos, un tercero extraño a un contrato no podía exigir la prestación pactada a su favor en dicho acto jurídico, ya que el legislador mexicano no introdujo la excepción al principio consistente en los efectos relativos de los contratos, como lo hace el artículo 1121 del Código Napoleón y segundo párrafo del artículo 977 del proyecto de García Goyena que sirvieron de modelo al Código Civil de 1870.⁸⁴

Comparemos, sin embargo, el precepto de nuestros Códigos, primero con su modelo francés. Los artículos 1393 del Código Civil del Distrito

⁸³ Idem, págs. 33 y sigs.

⁸⁴ Borja Soriano, Manuel: *Teoría general de las obligaciones*, Tomo I, México 1939, págs. 424 y 425.

Federal de 1870 y 1277 del de 1884 establecen solamente que “Los contratos sólo obligan a las personas que los otorgan”; es decir, no pueden crear obligaciones a cargo de tercero, sin que hagan referencia alguna a los posibles efectos de los contratos a favor de tercero, por lo que al no prohibirlos los está permitiendo.

El Código Civil francés, en cambio, en su artículo 1119 establece que “No se puede en general, *obligarse, ni estipular* en su propio nombre, sino para sí mismo”. Esta disposición prohíbe, establece una regla general consistente en la imposibilidad de crear una obligación a cargo de un extraño al contrato y también de estipular para otro.

A referirse este artículo a un supuesto más amplio que los códigos mexicanos, pues prohíbe, en general, todo contrato con efectos hacia tercero, activos o pasivos, es lógico que después, en su artículo 1121, expresara las excepciones a la regla general, consistentes en poder estipular a favor de un tercero, cuando tal es la condición de una estipulación que se hace para sí mismo, o de una donación que se hace a otro.

En cambio los códigos mexicanos que comento, al no prohibir la estipulación a favor de tercero, sino sólo las obligaciones a cargo de un tercero extraño al contrato, no tenían por qué añadir excepciones a una prohibición que no establecen. Si tomamos en cuenta que en la redacción de estos artículos, el legislador mexicano no siguió al modelo francés, que establece en su texto una posibilidad muy restringida a las estipulaciones a favor de tercero, como se vio en la primera parte de este trabajo,⁸⁵ debemos concluir que durante la vigencia de los Códigos Civiles de 1870 y 1884 en el Distrito Federal y en las entidades que los imitaron, no existió la prohibición de estipular a favor de terceros.

Confirma esta interpretación el que los mismos Códigos nuestros admiten el seguro de vida y la renta vitalicia a favor de tercero,⁸⁶ lo cual está acorde con la ausencia de prohibición de contratos a favor de tercero que no se estableció en los códigos que comento.

Además si comparamos estos Códigos con el proyecto de García Goyena, que fue otro de los modelos principales de nuestras primeras leyes civiles, llegaremos a la misma conclusión, pues el primer párrafo del artículo 977 del proyecto mencionado establece que “Los contratos sólo producen efectos respecto de las partes entre quienes se otorgan”. Nuevamente vemos que la norma que se establece en este artículo del proyecto, se refiere a los efectos relativos del contrato, tanto en el aspecto activo como en el pasivo y era necesario para que pudiera establecerse la posibilidad de estipular a favor de tercero, que expresamente se estableciera la excepción como lo hace el segundo párrafo del mismo artículo 977 del proyecto, que dice: “Sin embargo, si en el contrato se hubiese estipulado alguna ventaja en favor de tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiera aceptado y héchola saber al obligado antes de ser revocada”.

⁸⁵ Véase R.I.J. núm. 7, pág. 302.

⁸⁶ Artículos 2837 y 2916 del Código Civil del D.F. de 1870; y 2709 y 2788 del de 1884.

Un autor mexicano, respecto al punto aquí expuesto escribió en 1926 lo siguiente:

"El Lic. Manuel Borja Soriano, profesor de la Escuela N. de Jurisprudencia, se funda en este artículo y en los antecedentes del Código Civil, para sostener que no tienen fuerza jurídica, en nuestro derecho, las estipulaciones a favor de tercero. Escribió sobre el particular unos apuntes interesantes y fundados. Sin embargo, la cuestión es controvertida."⁸⁷

A la opinión de Borja Soriano, respecto a la interpretación de los Códigos de 1870 y 1884 del Distrito Federal se adhieren dos autores mexicanos de sendas monografías relacionados con el tema de los contratos a favor de tercero: Santistevan Echávarri y Ruiz Rueda.

El primero de ellos dice al respecto:

"En la legislación anterior al Código de 1928, la figura de la estipulación a favor de tercero, no tuvo acomodo, pese a la reproducción que en esencia hace del Código Francés y del Proyecto del Código Civil Español, comentado por don Florencio García Goyena, en donde ésta encuentra una situación condicionada; prevaleciendo el principio romano en su original enunciado. Tal debe concluirse de la disposición contenida en el artículo 1277 del Código Civil de 1884, que consecuentemente con ordenamiento parecido del Código Civil de 1870, establece en el contrato la exclusiva obligación de las partes que los otorgan, negando con ello toda validez a las estipulaciones hechas en favor de tercero."⁸⁸

Ruiz Rueda después de hacer referencia a la opinión de Borja Soriano dice que "A la luz de los preceptos de los dos códigos citados es indudable que el maestro Borja Soriano estaba en lo justo".⁸⁹

Difiero, por las razones ya expuestas, de la opinión no sólo de Borja Soriano, sino de los dos últimos autores citados, a pesar de que en la parte medular de la tesis expuesta en sus monografías, coincido totalmente en sus opiniones, como se verá en el desarrollo de este trabajo.

Este problema de interpretación de los Códigos del Distrito Federal ya abrogados, no tiene sólo importancia histórica y especulativa, pues los artículos comentados de esos ordenamientos son idénticos al artículo 1125 del Código Civil del Estado de Puebla, vigente aún desde 1902; por lo que opino que en esa entidad federativa, sí debe admitirse la estipulación a favor de tercero con efectos externos al contrato.

22. NOVEDAD EN EL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL DE 1928 Y EN LA LEGISLACION LIBANESA DE 1932. El Código Civil del

⁸⁷ Pallares, Eduardo: *Código Civil vigente en el Distrito y Territorios Federales, anotado y concordado*, México 1926, pág. 227.

⁸⁸ Santistevan Echávarri, Carlos: *Estipulación a favor de tercero —naturaleza—*, México 1942, págs. 28 y 29.

⁸⁹ Ruiz Rueda, Luis: *La fianza de empresa a favor de tercero*, México, 1956, pág. 96.

Distrito Federal que rigió también en los territorios federales, cuando tres entidades de nuestra República tenían este carácter, trajo la novedad de reglamentar en sus artículos 1868 a 1872 la estipulación a favor de tercero, lo cual ha sido un adelanto en relación con los códigos nacionales anteriores.

Fue además el primer código en el mundo que, siguiendo doctrinas originadas en Alemania, sostenidas posteriormente en Francia y defendidas actualmente por gran parte de la doctrina civilista mexicana, clasificó la estipulación a favor de tercero como una declaración unilateral de voluntad, al incluir las normas relativas a esta figura en el capítulo segundo del título primero del libro cuarto, bajo el epígrafe: "De la declaración unilateral de voluntad".

Digo que fue el primer código que acogió la doctrina del carácter unilateral de la voluntad creadora del derecho del tercero, en la estipulación realizada a favor de éste, a pesar de que en una extraordinaria obra que cité numerosas veces en la primera parte de este trabajo, el *Tratado de derecho comparado* de Arminjon, Nolde y Wolf se dice que "El Código brasileño, como también los códigos mexicano y libanés, ve en las estipulaciones en favor de terceros un caso de 'declaración unilateral de voluntad', asimilación que nos parece discutible".⁹⁰

Como el Código Civil brasileño vigente cuando se escribió el *Tratado* que cito en el párrafo anterior y que es el actualmente en vigor, data de 1916, sería este ordenamiento el primero en sostener esa discutible asimilación, como la llaman los ilustres comparatistas.

Sin embargo, en la obra citada, se deslizó un error a sus autores, pues el Código Civil brasileño, reglamenta las estipulaciones a favor de tercero en los artículos 1098 a 1100, que transcribí en la primera parte de este trabajo,⁹¹ los que constituyen el contenido del capítulo cuarto *De las estipulaciones en favor de tercero*, del título IV, que da las normas *De los contratos* y que forma parte del libro tercero *Del derecho de las obligaciones*; sin que se pueda desprender ni del articulado, ni de la colocación o epígrafes referentes a esta figura, que el legislador brasileño haya considerado a la declaración unilateral de voluntad, como su fuente.

Además el título VI del mismo libro tercero, de este Código, se titula *De las obligaciones por declaración unilateral de voluntad*, comprende dos capítulos, relativo el primero, a los títulos al portador y, el segundo, a la promesa de recompensa, sin que haga referencia alguna a la estipulación a favor de tercero. No existe además en la relación de reformas al Código Civil brasileño, contenida en una de las ediciones que consulté, referencia a reforma alguna a los artículos relativos a las estipulaciones a favor de tercero.

Por último, en una obra, anterior al *Tratado* de Arminjon, Nolde y Wolf citado, un autor brasileño, cita al autor del Código Civil de su país, Bevilacqua, en la forma siguiente:

⁹⁰ Tomo II, París, 1950, pág. 47.

⁹¹ Véase *R.I.J.* núm 7, pág. 317.

"En la sistemática de nuestro derecho, el Código Civil brasileño, conforme escribe Bevilaqua, considera la estipulación a favor de tercero una relación contractual *sui generis*, en la cual la acción para exigir el cumplimiento de la obligación se transfiere al beneficiario, sin, por otra parte, perderla el estipulante. Es un caso de despersonalización del vínculo obligacional o mejor, de relación contractual doble, que tiene por punto de conjunción al promitente, que contrata con el estipulante, realizar una prestación, que cumplirá en las manos del beneficiario."⁹²

En la misma obra, el mismo Amaral Gurgel vuelve a acudir a la autoridad de Bevilaqua para justificar la inclusión en el Código Civil brasileño de la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones, diciendo que este jurista escribió que "habiendo destacado como causas generadoras de las obligaciones, los contratos, y no considerando contratos los títulos de crédito y las promesas de recompensa, era forzoso que abriera para estas figuras jurídicas un título aparte".⁹³ En ninguna parte menciona la estipulación a favor de tercero como declaración unilateral de voluntad, sino sólo las dos figuras a que se refieren los dos capítulos que constituyen el título correspondiente a las obligaciones originadas por declaración unilateral de voluntad.

Por lo tanto, como dije antes, fue el Código Civil del Distrito Federal de 1928, el primero que clasificó la estipulación a favor de tercero, como declaración unilateral de voluntad.

Durante la *vacatio legis* que siguió a la promulgación del Código Civil de 1928, el 9 de marzo de 1932, fue promulgado el Código de las Obligaciones y de los Contratos del Líbano, que entró en vigor, treinta meses después o sea hasta septiembre de 1935 y el que sigue también la postura adoptada por nuestro Código Civil de 1928, al considerar que la estipulación a favor de tercero, se origina en una declaración unilateral de voluntad, siguiendo las ideas del jurista francés que elaboró el ordenamiento libanés: Luis Josserand.⁹⁴

En efecto, el artículo 148 del Código de las Obligaciones y de los Contratos del Líbano dice así:

"En principio, una voluntad aislada es impotente para crear relaciones obligatorias, aún cuando sea clara y solemnemente manifestada, mientras no se una a otra voluntad que represente intereses distintos y contrarios.

Excepcionalmente, y en los casos limitativamente previstos por la ley, una declaración unilateral de voluntad se vuelve creadora de obligacio-

⁹² Amaral Gurgel, J. do: *Dos contractos no Codigo Civil brasileiro*, Vol. I, págs. 495 y 496.

⁹³ Idem, pág. 20.

⁹⁴ Arminjon, Nolde y Wolff, ob. cit., tomo I, pág. 133.

nes, por ejemplo en las ofertas contractuales (artículo 179) en la estipulación para los demás (artículo 227) y en la gestión de negocios."⁹⁵

En esta disposición se palpa la paternidad de Josserand respecto del Código de las Obligaciones y de los Contratos del Líbano, pues este jurista al igual que Bonnecase entre los franceses y De Semo entre los italianos, sostiene que la fuente de las obligaciones del gestor, en la gestión de negocios, es una declaración unilateral de voluntad.⁹⁶

Pero a pesar de esta coincidencia entre la legislación mexicana y la libanesa, la redacción de las disposiciones relativas a la estipulación a favor de tercero es muy diferente, pues nuestro ordenamiento se inspiró en el Código Civil alemán, que como hemos visto en la primera parte de este trabajo considera a esta figura como contrato; mientras que la legislación libanesa en su artículo 227 muestra la huella evidente del Código Napoleón y de la jurisprudencia francesa, pero en el resto de su articulado introduce normas que no existen en la ley francesa, aunque algunos de esos principios ya eran aplicados por la jurisprudencia gala.

En efecto, el artículo 227 del Código de las Obligaciones y de los Contratos es del tenor siguiente:

"La relatividad de los contratos admite derogaciones desde el punto de vista activo: está permitido estipular en su propio nombre, en provecho de una tercera persona, de suerte que ésta deviene acreedor del promitente y en virtud misma del contrato.

"La estipulación para otro puede así intervenir válidamente:

- "1. Cuando se agrega a un convenio que el estipulante concluye en su propio interés, pecuniario o moral;
- "2. Cuando constituye la condición o la carga de una liberalidad, entre vivos o testamentaria, que el mismo estipulante concede a otra persona (liberalidad sub-modo)."

La disposición transcrita, al establecer que la estipulación a favor de tercero debe estar ligada a un convenio que el estipulante realice en su propio interés, no ha podido sustraerse a la influencia de la legislación nacional de su autor, pues la semejanza con la primera parte del artículo 1121 del Código Civil francés es evidente, aunque con una modificación importante, ya que al agregar que el interés propio del estipulante puede ser pecuniario o moral, las posibilidades de estipular para otro son prácticamente ilimitadas. El autor del Código libanés conservó, en el inciso I del artículo transcrito, lo dispuesto en la primera parte del artículo 1121 del Código francés, introduciendo en el texto la validez de la estipulación en

⁹⁵ *Code des Obligations et des Contrats*. Bureau des Documentations Libanaises et Arabes, Beirut, 1983. Este Código pude obtenerlo gracias a la gentileza de mi amigo el Lic. Marcelo Bitar, quien se tomó la molestia de traermelo desde El Líbano.

⁹⁶ Josserand, Louis: *Cours de droit civil positif français*, tomo II, pág. 884, Bonnecase, Julien: *Elementos de derecho civil*, tomo II, Puebla, 1945, págs. 388 y 389. De Semo, Giorgio: *La gestione di affari altrui nella teori e nella pratica*, Padua, 1958, pág. 35.

favor de tercero, cuando exista un interés moral, lo cual la jurisprudencia francesa, forzando el texto de su propia ley, ya había admitido al aplicar esa norma del ordenamiento napoleónico, como se vio en la primera parte de este ensayo.⁹⁷

El inciso 2 es una reproducción de la segunda parte del mismo artículo 1121 del Código francés, con pequeñas modificaciones en su estilo, y retoca la terminología empleada, al introducir el concepto carga; pero desnaturaliza el concepto de estipulación al atribuir este carácter a las disposiciones testamentarias, tema éste al que me referiré más adelante; pero desde ahora quiero hacer notar que no creo que la introducción de las liberalidades testamentarias, con carga, en la categoría de las estipulaciones a favor de tercero, pueda atribuirse a Jossierand, pues este autor no menciona, en su *Curso de derecho civil positivo francés*, a ese tipo de liberalidades, como posibles aplicaciones de la figura de la estipulación a favor de tercero, postura idéntica a la mayoría de los autores nacionales y extranjeros, pues sólo conozco un autor mexicano que considera al legado con carga, como una estipulación a favor de tercero, opinión que comentaré más adelante.⁹⁸

23. LA DOCTRINA MEXICANA ANTE EL CODIGO CIVIL DE 1928. Al promulgarse el Código Civil del Distrito Federal y entrar años más tarde en vigor, la doctrina mexicana se inclinó en un principio, por la adhesión a la clasificación que se desprende del rubro del capítulo donde están contenidos los artículos 1868 a 1872, que regulan la figura objeto de este estudio, aunque pronto surgieron las opiniones disidentes, enfrentándose así dos corrientes antinómicas: la que asegura que el derecho del tercero, en la estipulación realizada en su favor deriva de la declaración unilateral de voluntad del promitente; y la que sostiene que su fuente es el acuerdo de voluntades entre estipulante y promitente.

24. PUNTOS DE CONTACTO ENTRE LAS DOS CORRIENTES DE LA DOCTRINA MEXICANA. Aunque puede parecer un contrasentido, afirmar que hay puntos de coincidencia entre estas dos corrientes de la doctrina civilista mexicana, creo que se puede afirmar que ambas opiniones parten de la misma necesidad de resolver un problema jurídico y práctico y ambas son una reacción contra un principio injustificadamente arraigado entre los civilistas e igualmente creo, que los autores que han sustentado una u otra postura, no han examinado esos puntos comunes que pudieran eliminar o disminuir la distancia que separa a estas dos corrientes.

Digo que ambas opiniones parten de una misma necesidad de carácter jurídico y práctico; la que consiste en evitar que el derecho que nace para el tercero entre en el patrimonio del estipulante; pues de acuerdo con la teoría que trata de explicar esta figura, sosteniendo que existe una oferta que realiza el promitente, en cumplimiento de lo pactado con el estipulante, el tercero sería un causahabiente de éste, pues la obligación del promitente tendría primero como titular al estipulante y sólo hasta que el tercero acep-

⁹⁷ R.I.J. núm. 7 págs. 303 y 320.

⁹⁸ Gutiérrez y González, Ernesto: *Derecho de las obligaciones*, Puebla 1974, pág. 405 y sigs.

tare la supuesta oferta que le hace el promitente, entraría el derecho en su patrimonio, con graves consecuencias en caso de quiebra del estipulante, pues los acreedores de éste podrían anular el derecho del tercero o bien éste podría verse obligado a recibirlo en moneda de quiebra. Esta es la solución de los Códigos Civiles de Costa Rica y Nicaragua que critiqué en la primera parte de este trabajo.⁹⁹

Las dos posturas de la doctrina mexicana a este respecto, tratan de evitar que se considere que entre primero en el patrimonio del estipulante el derecho del tercero; y la que sostiene que el derecho de éste se origina en la declaración unilateral del promitente, evidentemente es congruente con la finalidad de que ese derecho no entre en el patrimonio del estipulante, ya que la manifestación de voluntad del promitente según esta teoría, es dirigida al tercero y no al estipulante, quien es ajeno a esa declaración unilateral de voluntad.

La segunda corriente, que niega que el derecho del tercero se origine en la declaración unilateral de voluntad del promitente, sostiene que del acuerdo de voluntades entre promitente y estipulante, surge una obligación que asume el promitente a favor del tercero, sin que en ningún momento entre en el patrimonio del estipulante. Ambas soluciones se originan en la misma finalidad y ambas lo logran.

Pero además, decía que ambas posturas son una reacción contra un principio jurídico arraigado entre los civilistas del siglo pasado y entre algunos del presente siglo y que consiste en que una persona no puede adquirir un derecho en virtud de la voluntad de otra persona, si no interviene la voluntad del adquirente.

Este principio ha sido superado desde que la doctrina y diversas legislaciones admiten la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones.

Desde que se ha aceptado que un derecho puede nacer sin una doble manifestación de voluntad coincidente sobre el mismo objeto, es decir, sin consentimiento de los dos sujetos activo y pasivo de la relación jurídica, nada obsta para que una persona se obligue sin que sea preciso el consentimiento de aquél que va a ser acreedor del que expresó su voluntad unilateral de obligarse.

Pero tampoco hay obstáculo jurídico o lógico alguno, para que se realice un acto jurídico bilateral, es decir, cuya esencia sea el consentimiento de dos personas, del cual surja una obligación de la que va a ser titular o sujeto activo un tercero extraño al contrato.

Como conclusión podemos afirmar que nada obsta en el estado actual del derecho positivo de una gran mayoría de países, así como de su jurisprudencia y doctrina, para que alguna persona se convierta en sujeto activo de un derecho de crédito, sin intervención de su voluntad, por la sola manifestación de otra voluntad ajena (declaración unilateral) o de dos o más volun-

⁹⁹ R.I.J. núm. 7, págs. 316 y 317.

tades distintas, opuestas, pero coincidentes en un mismo objeto, y también ajenas a quien va a convertirse en acreedor (contrato a favor de tercero).

24. ORIGEN DE LA TESIS QUE CONSIDERA A LA ESTIPULACION A FAVOR DE TERCERO UNA DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD. Como ya ha sido expuesto en diversas monografías sobre el tema, esta tesis tiene su origen en lo expuesto por H. Siegel, quien sostiene que la declaración unilateral de voluntad es la fuente de las obligaciones tanto en el contrato como fuera de él. Pacchioni, refiriéndose a la teoría de Siegel, nos dice que este autor afirma que "la promesa unilateral es por sí sola y como tal, la fuente de la obligación, en homenaje al principio ético que vincularía a todo promitente consigo mismo, e independientemente de cualquier aceptación por parte del promisorio".¹⁰⁰

La tesis de Siegel que trata de explicar que la fuente de la obligación es siempre una declaración unilateral de voluntad, aún dentro del contrato, actualmente nadie la acepta, pues aún los civilistas que sostienen que en la estipulación a favor de tercero la fuente del derecho de éste es la declaración unilateral del promitente, se abstienen de atribuir en todos los demás contratos que sólo surten efectos a favor de los mismos contratantes, el carácter de fuente de las obligaciones, a la declaración de cada una de las partes, en forma independiente de la otra declaración de voluntad. Estos autores no siguen fielmente, en toda su extensión la tesis de Siegel y, por lo tanto, no son congruentes, pues si aceptan la tesis de ese autor para la estipulación a favor de tercero, deberían aceptarla para todo contrato, pues existe la misma razón para considerar a la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones en uno y otro caso: el principio ético que vincularía a todo promitente consigo mismo.

25. FALSEDAD DE LA TESIS DE LOS SEGUIDORES DE SIEGEL. Además de la incongruencia con Siegel, al no aplicar su tesis a todo contrato, sus seguidores sostienen algo fuera de la realidad, pues quien celebra un contrato a favor de tercero, realiza una sola declaración de voluntad dirigida a su cocontratante, nunca la dirige hacia el tercero.

La voluntad del estipulante se dirige a la del promitente y viceversa y del encuentro coincidente de estas dos voluntades surge el derecho del tercero y esa coincidencia de declaraciones, respecto de un objeto es lo que se llama consentimiento y constituye la esencia de todo contrato.

Para que la tesis de Siegel y sus seguidores fuera verdadera, tendría que haber, además de la declaración del promitente dirigida al estipulante, otra declaración dirigida al tercero, lo que es falso, pues a éste sólo se le avisa, se le hace saber, que se celebró un contrato a su favor y que, por tanto, ya nació un derecho para él, derivado del acuerdo de voluntades.

Nótese que la tesis contractualista sostiene que el derecho del tercero nace del acuerdo de voluntades entre promitente y estipulante, no de un acuerdo de voluntades entre promitente y tercero.

¹⁰⁰ Pacchioni, Giovanni: *Diritto civile italiano*, Padua, 1941, Parte II, Vol. I, pág. 271.

Así lo expresan Eneccerus-Lehmann con estas palabras: "El tercero adquiere, pues, en virtud del contrato que los contratantes han concluido, *por la sola razón de que las partes así lo han querido*".¹⁰¹

Más adelante dicen estos autores que deben rechazarse todos los intentos para explicar los diversos efectos de la estipulación a favor de tercero "en virtud de un negocio especial implícito en el contrato a favor de tercero o que se añade al mismo".¹⁰²

Ese añadido que pretende parte de la doctrina mexicana es falso, pues jamás se realiza una declaración dirigida al tercero y es inútil esta alambicada explicación, pues en la actualidad, no existe esa limitación rígida del derecho romano, al que le repugnaba la creación de un derecho, en un contrato en que no intervenía el que se convertía en sujeto activo de la relación creada a su favor.

Pero, incluso alguno de los defensores de la tesis de nuestro Código Civil de 1928, no ha comprendido la exacta postura de quienes sostienen la tesis contractualista.

En efecto, como se ha visto, los sostenedores de esta última doctrina atribuyen el origen del derecho al consentimiento entre estipulante y promitente como se desprende claramente de las palabras de Eneccerus-Lehmann, antes citados, y, en cambio, el maestro Rojina Villegas, al defender la tesis del legislador mexicano combate la postura de quienes consideran que el derecho del tercero nace de un contrato celebrado entre el promitente y el tercero; pero en toda su exposición parece ignorar la tesis que atribuye la fuente del derecho del tercero al acuerdo de voluntades entre estipulante y promitente, sin necesidad de ese añadido, consistente en una declaración unilateral de voluntad encajada en el contrato.

Véanse los siguientes párrafos de Rojina Villegas que confirman lo dicho:

"Si el tercero acepta la estipulación, se considera nacida desde la fecha en que se hizo y no desde el momento en que se aceptó; si la repudia se considera el derecho como no nacido. Por lo tanto está sujeto a una condición consistente en la aceptación o repudiación del tercero."¹⁰³

Estoy completamente de acuerdo con lo sostenido en este párrafo por el maestro mexicano, que tiene su base en los artículos 1870 y 1871 del Código Civil que establecen el nacimiento inmediato del derecho del tercero por el solo acuerdo de voluntades y su resolución por la no aceptación del tercero, que constituye una condición resolutoria.

En seguida añade el autor citado:

"Si la voluntad unilateral, no fuera fuente de su obligación, el derecho del tercero no podía nacer sino hasta el momento en que diese su consen-

¹⁰¹ Eneccerus, Ludwig y Heinrich Lehmann: *Derecho de obligaciones*, tomo II, Vol. I del *Tratado de derecho civil de Eneccerus, Kipp y Wolff*, Barcelona, 1933, pág. 171.

¹⁰² Idem.

¹⁰³ Rojina Villegas, Rafael: *Compendio de derecho civil*, tomo III, México, 1967, pág. 214.

timiento, y estaríamos entonces dentro de la teoría del contrato, que explicaría esas obligaciones por el acuerdo de voluntades; pero basta con que el tercero no repudie, es decir, con que no se presente este acontecimiento futuro e incierto, para que el derecho se tenga por nacido tácitamente desde que se hizo la estipulación, antes de que el tercero aceptara. . . .”

El maestro Rojina Villegas combate aquí aquellas doctrinas que pretenden ver el nacimiento del derecho del tercero en el acuerdo de voluntades entre el promitente y el tercero o entre el acuerdo entre éste por una parte y promitente y estipulante por la otra, que es el sustento de la ya anticuada teoría de la oferta, que ya no es aceptada por la doctrina, ni la casi totalidad de las legislaciones actuales. En párrafos siguientes analiza el mismo autor para rebatirlas, las teorías de la gestión de negocios y de la cesión de derechos del estipulante al tercero; pero no hace referencia alguna a la verdadera tesis contractualista que se sostiene en la actualidad y que se puede enunciar escuetamente diciendo que el derecho del tercero, en la estipulación realizada a su favor, nace directa e inmediatamente del acuerdo de voluntades entre promitente y estipulante, sin necesidad de aceptación por parte del tercero.

Con todo el respeto que me merece el maestro Rojina Villegas, creo que no llegó al fondo de lo sostenido por los partidarios del origen contractual del derecho del tercero en la estipulación para otro.

Pero además, de no ser la postura de la tesis contractualista, la que supone el maestro Rojina Villegas en el párrafo transcrito, los sostenedores de la tesis de la declaración unilateral de voluntad pretenden que además del acuerdo de voluntades entre estipulante y promitente, existe una declaración unilateral de este último, la cual como dije antes nunca se emite, pues cabe preguntar ¿en qué momento se hace esta declaración? ¿Al mismo tiempo que el promitente manifestó su aceptación al estipulante? Un ejemplo ilustrará la falsedad de esta hipótesis.

Supongamos que fue el estipulante quien propuso la celebración del contrato; ejemplo que podemos concretar refiriéndolo a un contrato de seguro de vida, celebrado en favor de un acreedor del asegurado. Al aceptarse el contrato por la empresa aseguradora, ésta se estaría obligando a favor del tercero beneficiario. Los sostenedores de la tesis de Siegel me podrían decir: he ahí la declaración unilateral de voluntad que origina el derecho del tercero; pero esa declaración va dirigida al estipulante y no al tercero, cuyo derecho no hubiera nacido, si no hubiera existido antes la declaración de voluntad del estipulante, en el presente ejemplo, del asegurado. Esa coincidencia de declaraciones de voluntad entre promitente y estipulante, sobre un objeto, se llama consentimiento y constituye la esencia de todo contrato. Pero en el ejemplo dado, el asegurado, quien tiene el carácter de estipulante, en relación con el derecho creado a favor del tercero, puede revocar ese derecho: ¿cómo es posible que aquél pueda revocar un derecho que nació sin

el concurso de su voluntad, según la tesis siegeliana y, en cambio, la aseguradora de cuya declaración unilateral de voluntad, según la misma tesis, nació el derecho del tercero, no puede revocarlo?

Puedo, por tanto, decir con Hernández Romo, que “en ningún caso puede tener el promitente la facultad de revocar, pues entonces estaríamos abiertamente en contra de los presupuestos del artículo 1797 del Código Civil.¹⁰⁴ De aquí que resulte imposible, para los sostenedores de la declaración unilateral de voluntad, explicar por qué si el nacimiento del derecho proviene del promitente exclusivamente, éste nunca puede revocar el derecho y sí lo puede hacer el estipulante”.¹⁰⁵

Pensemos ahora en un contrato en que el proponente sea quien se obligue hacia el tercero; por ejemplo, yo comprador propongo a mi contraparte comprarle un inmueble, obligándome a pagar el precio a un acreedor del vendedor. He ahí la declaración unilateral de voluntad a favor del tercero que va a adquirir el derecho y que, según la tesis de Siegel, obliga al promitente consigo mismo a cumplir su promesa; pero ¿esa declaración hará nacer el derecho a favor del tercero, sin la aceptación del vendedor? Si la tesis que combato fuera cierta, el comprador quedaría obligado hacia el tercero, acreedor del vendedor, aunque nunca hubiera aceptación del vendedor, y, por lo tanto, el promitente se obligaría a hacer un desembolso, sin recibir contraprestación alguna y jamás adquiriría lo que se propuso comprar.

El absurdo salta a la vista y es contrario a nuestra legislación positiva y a todas las legislaciones que dispongan que el derecho del tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato, como dispone el artículo 1870 del Código Civil, pues si no se perfeccionó el contrato, como en el ejemplo puesto, no nació el derecho del tercero.

Pero todavía podría sostenerse que la declaración unilateral de voluntad que liga al promitente, es posterior al acuerdo de voluntades entre estipulante y promitente y se hace un instante después de perfeccionado el contrato. Esta última afirmación, además de crear una declaración que en realidad no se da, que es inútil, está en contradicción con el citado artículo 1870 del Código Civil del Distrito Federal, que en su parte inicial dice: “*El derecho del tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato. . .*”.

Por esto, un autor argentino, refiriéndose a la teoría de la declaración unilateral de voluntad, dice que sus sostenedores después de afirmar que el derecho del tercero nace en el momento mismo en que el promitente se obliga a cumplir la promesa, “a renglón seguido, destruyen a nuestro juicio su propia teoría diciendo que no hay que olvidar que la obligación del promitente toma nacimiento en el contrato celebrado entre él y el estipulante. ¿En qué quedamos entonces? ¿Nace de una relación contractual o de

¹⁰⁴ El artículo 1797 del Código Civil del D.F. dice: “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

¹⁰⁵ Hernández Romo, Miguel Ángel: *Naturaleza jurídica de la estipulación a favor de tercero*, México, 1960, pág. 77.

la voluntad unilateral? Las dos cosas a la vez no pueden ser: contrato por un lado y voluntad unilateral por otro".¹⁰⁶

Creo que con esto se demuestra la razón que tiene Santistevan al afirmar que esta tesis es artificiosa e inútil; pero yo añadiría que es contraria a la realidad y al contenido de los artículos de nuestro Código Civil que regulan esta figura, aún cuando estén colocados bajo el rubro de la declaración unilateral de voluntad, opinión que coincide con la de Rafael de Pina, quien afirma que "para nosotros lo que sucede es que la colocación de los artículos de referencia es bastante desafortunada, pues la estipulación en favor de tercero deriva de un contrato, no de una declaración unilateral de voluntad. Aunque se han dado diferentes explicaciones acerca de la naturaleza de la estipulación en favor de tercero, a nuestro juicio, negar su naturaleza contractual equivale a cerrar los ojos a la evidencia".¹⁰⁷

El Código Civil del Estado de Tlaxcala promulgado en 1976, acepta plenamente que la naturaleza jurídica de la estipulación a favor de tercero es contractual, no sólo al incluir esta figura jurídica en el libro quinto relativo a las diversas especies de contratos, sino al disponer en el artículo 1849 que "El derecho del tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato, el cual es fuente también de la obligación del promitente en favor del tercero".

El haber clasificado correctamente esta figura, es un progreso, pues elimina las confusiones que ha provocado el Código Civil del Distrito Federal, pero creo que no era necesario hacer la declaración doctrinal sobre la fuente del derecho del tercero, pues no es esa una función de las leyes.

Por esta razón, son también criticables los Códigos Civiles de Morelos de 1946, de Sonora de 1949, y de Quintana Roo de 1980, que incluyen en su articulado una declaración de tipo doctrinal, pero sosteniendo la postura contraria, es decir la que atribuye a una declaración unilateral de voluntad el origen del derecho del tercero.

El artículo 1960 del Código Civil de Morelos, idéntico al 2029 del de Sonora, dice lo siguiente:

"1960.— *El derecho del tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato, salvo la facultad que los contratantes conservan de imponerle las modalidades que juzguen convenientes, siempre que éstas consten expresamente en el referido contrato, que sólo se considerará como el medio para hacer la estipulación, la cual tiene como fuente la declaración unilateral del promitente.*"

A pesar de que los legisladores de Morelos y de Sonora con la inclusión, en este artículo, de la afirmación categórica de que el derecho del tercero nace de la declaración unilateral del promitente, pretenden aclarar toda duda acerca de su naturaleza, no logran suprimir la contradicción que hace notar Dassen a los sostenedores de esta postura, pues por una parte sostienen

¹⁰⁶ Dassen, Julio: *Contratos a favor de terceros*. Buenos Aires, 1960, págs. 19 y 20.

¹⁰⁷ Pina, Rafael de: *Elementos de derecho civil mexicano*, Vol. III, México, 1973, pág. 317.

que el derecho nace en el momento de celebrarse el contrato y a continuación dicen que nace de la declaración unilateral del promitente y como he demostrado antes, esa declaración unilateral es totalmente ineficaz, si no va unida a la declaración del estipulante, es decir, si no hay consentimiento, si no hay contrato.

El mismo Rojina Villegas, autor de los Códigos de Morelos y Sonora, afirma que "Esta figura de la estipulación en favor de tercero, sólo puede darse en los contratos; en ningún otro acto jurídico puede presentarse, y tiene justamente la característica de que a propósito de un contrato las partes no estipulan entre sí o para sí, sino con respecto a un tercero, independientemente de que pueden en el contrato crearse obligaciones directamente entre los contratantes...".¹⁰⁸

Creo inútil insistir en rebatir esta tesis, pues la misma necesidad de que exista un contrato que expresa Rojina Villegas en el pasaje transcrito y la determinación del nacimiento del derecho del tercero en el momento de perfeccionarse el mismo, es la prueba evidente de que la declaración unilateral del promitente no es, por sí sola, suficiente para ser eficaz y producir el derecho del tercero.

Solamente quiero añadir que el autor citado dice que la declaración unilateral de voluntad del promitente se hace "a propósito de un contrato, por la que se obliga en favor de un extraño al mismo".¹⁰⁹ De estas afirmaciones parece desprenderse que la declaración de voluntad del promitente y el derecho que se crea para el tercero, *a propósito del contrato*, son algo accesorio, no esencial al contrato celebrado entre promitente y estipulante, cuando en realidad existen numerosos contratos en que la vida del mismo, la finalidad primordial de las partes, su razón de ser, es la creación de ese derecho a favor de tercero, y en fin que el contrato mismo, en su totalidad o en su parte más importante sea precisamente un contrato a favor de tercero. Sostener que para que sea válida la creación de un derecho a favor de un tercero extraño a un contrato, es indispensable que el mismo acto jurídico origine un derecho a favor del estipulante, es retroceder en el tiempo, cuando la doctrina, la jurisprudencia y las legislaciones modernas, no sólo admiten la eficacia externa del contrato a favor de los extraños al mismo, sino la existencia de un contrato totalmente a favor de tercero.¹¹⁰

Un moderno Código Civil que entró en vigor en una entidad de nuestra República en 1980, el de Quintana Roo, también pretende terminar con esta discusión al suprimir en su artículo 253 la referencia a que el derecho del tercero nace al perfeccionarse el contrato celebrado a su favor. Este artículo dice así: "La declaración unilateral del promitente es la fuente obligacional de la estipulación hecha en un contrato a favor de tercero".

¹⁰⁸ Rojina Villegas, ob. y tomo cit. pág. 213.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ Véase en la primera parte de este artículo R.I.J., núm. 7. la legislación de diversos países del Viejo y del Nuevo Continente y las opiniones de diversos juristas.

A pesar de esta postura doctrinal, los argumentos expresados quedan en pie, pues sin contrato y sin el consentimiento de promitente y estipulante no produce efecto alguno esa declaración unilateral de aquél, y por lo tanto, conviene repetir las palabras de De Pina que cité anteriormente: negar la naturaleza contractual de esta figura "equivale a cerrar los ojos a la evidencia".

26. CONCEPTO DE ESTIPULACION A FAVOR DE TERCERO. SUS ELEMENTOS ESENCIALES. Pero hasta ahora, no he intentado dar un concepto de estipulación a favor de tercero y conviene tratar de concretarlo, porque si no se tiene en cuenta cuál es su esencia, se puede caer en errores como alguno que haré notar después.

Ya Pacchioni, en la introducción de su monografía, nos proporciona una distinción entre contratos a favor de tercero en sentido lato o vulgar o en sentido estricto o técnico, comprendiendo entre los primeros a los celebrados a nombre de otro por su representante y los celebrados en interés, pero no en nombre de una persona determinada, si ésta no adquiere a consecuencia del mismo, derechos contractuales. En cambio, contrato a favor de tercero en sentido técnico es para Pacchioni "aquel que, realizado válidamente entre dos personas, pretende atribuir un derecho a una tercera persona que no ha tenido parte alguna, ni directa ni indirectamente, en su tramitación y perfección, y que, no obstante, logra efectivamente el atribuir a esa tercera persona un derecho propiamente suyo: derecho que no puede estimarse como propio del que estipuló tal contrato y cedido luego al tercero o simplemente ejercido por éste en lugar de aquél".¹¹¹

Simplificando las ideas de Pacchioni, podríamos decir que estipulación a favor de tercero es un acuerdo de voluntades que crea a cargo de alguna de las partes una obligación a favor de un tercero extraño al contrato.

Para el Código del Distrito Federal de 1928, no es esencial que el tercero pueda exigir como propio su derecho, puesto que el artículo 1869 dispone que la estipulación hace adquirir al tercero el derecho de exigir al promitente la prestación a que se ha obligado, *salvo pacto escrito en contrario*. Al permitir este pacto en contrario, nuestra legislación considera que entra en esta categoría aquel acto contractual que establece algún provecho a favor de un tercero; pero que sólo puede ser exigido al promitente, por su cocontratante, sin que el tercero tenga acción para exigirlo por sí mismo. Se trata de una estipulación a favor de tercero con eficacia interna, pero no externa. caso idéntico a las primeras atenuaciones que hubo en Roma, a la regla *alteri stipulari nemo potest* y que actualmente no es considerada, en lo general, por la doctrina, como una estipulación a favor de tercero propiamente tal, independientemente de que se sostenga que su naturaleza sea contractual o no.

Sin embargo, tanto nuestra ley, como su modelo el Código Civil alemán califican de estipulación a favor de tercero, el contrato en que se crea un

¹¹¹ Pacchioni, Giovanni: *Los contratos a favor de tercero*, Madrid 1948, pág. XVIII.

derecho a favor del tercero, pero sin que éste tenga acción para exigirlo, sino sólo el estipulante.¹¹²

Enneccerus-Lehmann al tratar este tema, con base en el Código Civil alemán dicen que el contrato a favor de tercero puede tener un doble sentido: "El promitente se obliga sólo frente al promisario (el que recibe la promesa) a la prestación del tercero; de esto *no deriva derecho alguno al tercero*. Este caso puede calificarse como contrato *impropio* a favor de tercero". O bien: "El tercero adquiere inmediatamente un derecho en virtud del contrato (contrato a favor de tercero *propriamente tal*)".¹¹³

Aunque es predominante la postura doctrinal que considera como estipulación a favor de tercero, propiamente tal, la que otorga un derecho autónomo, respaldado por la facultad que tiene el tercero de exigirlo al promitente, existe algún autor que sostiene que el contrato a favor de tercero en sentido propio es aquel que crea derechos a favor de un tercero extraño al contrato, pero sin que tenga acción para exigir el cumplimiento de la prestación hecha a su favor, pues según él, al tener acción para exigirlo, deja de ser extraño al contrato.¹¹⁴ Parece que Ricca Barberis es el único que sostiene esta noción de contrato a favor de tercero, que Moscarini califica de opinión aislada.¹¹⁵

Del concepto de estipulación a favor de tercero expresado por Pacchioni, podemos desprender los elementos esenciales de ese acto jurídico, que son: un acuerdo de voluntades que origine un derecho a favor de tercero y un objeto, consistente en un dar, un hacer o un no hacer.¹¹⁶

Así como sin esos elementos no puede existir la estipulación a favor de tercero, cualquier otro elemento o efecto del contrato a favor de tercero, puede suprimirse, sin que varíe su esencia y, por lo tanto, continuaría siendo contrato o estipulación a favor de tercero, pues esta figura puede tener los más diversos contenidos, ya que como sostiene Dassen: "estos contratos no son actos especiales que respondan a una necesidad determinada, como la venta, la donación, etc.; son por el contrario, como lo dice acertadamente De Gallaix, una *forma* que puede cubrir las operaciones más diversas, y bajo la cual aquel que recibe la promesa encuentra la contraparte de su propia prestación en la creación de un derecho adquirido por el tercero (De Gallaix, *La Réforme Du Code civil autrichien*, pág. 134)".¹¹⁷

Por lo tanto, la estipulación a favor de tercero, participará de la naturaleza del contrato que la contenga. Así, si se trata de un arrendamiento, de una donación, de un seguro, de una renta vitalicia, de una fianza o de

¹¹² Artículo 1868 del Código Civil del D.F. y artículo 328 del Código Civil alemán.

¹¹³ Enneccerus-Lehmann, ob. cit., pág. 172.

¹¹⁴ Ricca-Barberis, Mario: *Il contratto a favore di terzi e la garanzia impropria*, en *Studi in onore di Francesco Messineo*, Vol. I, págs. 413 a 415.

¹¹⁵ Moscarini, Lucio Valerio: *I negozi a favore di terzo*, Milán, 1970, pág. 200 nota 112 a pie de página.

¹¹⁶ Pacchioni: *Los contratos*, . . . cit. pág. XVIII; Hernández Romo, ob. cit. pág. 47.

¹¹⁷ Dassen, ob. cit., págs. 14 y 15, nota 3 a pie de página.

cualquier otro contrato, deberá tener los elementos esenciales del contrato de que se trate; pero además, la naturaleza de ese contrato podrá influir o modificar los efectos de la estipulación a favor de tercero, siempre que no altere su esencia, pues en este caso dejaría de ser estipulación o contrato a favor de tercero.

27. EFECTOS NATURALES Y ELEMENTOS ACCIDENTALES DE LA ESTIPULACION A FAVOR DE TERCERO. Además de los elementos esenciales de los contratos existen, los llamados elementos naturales que son en realidad, efectos naturales del contrato y a los que se refiere el artículo 1839 del Código Civil, al disponer que "Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieren a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley".

Así respecto a la estipulación a favor de tercero, el Código Civil del Distrito Federal establece sus efectos naturales en los artículos 1869 y 1872.

El primero de esos preceptos confiere al tercero beneficiario de la estipulación, la facultad de exigir la prestación pactada a su favor, salvo pacto escrito en contrario. Ya comenté antes que la posibilidad del pacto en contrario, que privaría al tercero de la facultad de exigir del promitente el cumplimiento de la prestación y la dejaría sólo como derecho del estipulante, convertiría ese acto jurídico en una estipulación con eficacia interna exclusivamente, en contra de lo que casi la totalidad de la doctrina entiende como estipulación a favor de tercero en sentido propio.

En este caso sólo el estipulante tendría acción para demandar del promitente el cumplimiento de la prestación a favor del tercero, como lo establece el segundo párrafo del artículo 1869 que confiere en todo caso al estipulante el derecho de exigir del promitente el cumplimiento de dicha obligación.

Ahora bien, respecto a esta facultad concedida a favor del estipulante, de exigir el cumplimiento de la obligación pactada a favor del tercero, no se establece en forma expresa la posibilidad del pacto en contrario; pero no existe obstáculo alguno para que no pueda el estipulante renunciar a su acción, dejando sólo existente la establecida a favor del tercero beneficiario. En contraste con el Código Civil del Distrito Federal, el artículo 335 del Código Civil alemán, modelo del nuestro, admite en forma expresa el pacto en contrario al disponer que: "El promisorio, en tanto no haya de entenderse— ser otra la voluntad de los que concluyen el contrato, puede también exigir la prestación al tercero incluso si el derecho a la prestación corresponde a éste".

Rojina Villegas propuso en un proyecto de reformas al Código Civil del Distrito Federal, la siguiente redacción del artículo 1869:

"La estipulación hecha a favor de tercero otorga a éste acción directa para exigir del promitente la prestación a que se ha obligado, salvo pacto escrito en contrario. También confiere al estipulante el derecho de exigir del promitente el cumplimiento de la obligación, a no ser que

exclusivamente ésta se hubiera contraído en favor del tercero y así se declare expresamente."¹¹⁸

El proyecto de este artículo del maestro Rojina Villegas es indudablemente correcto, pero todavía podría añadirse que el estipulante carecería del derecho a exigir la prestación creada a favor del tercero, cuando este derecho no fuera compatible con la naturaleza del contrato que contenga la estipulación a favor del tercero, caso que se presenta, por ejemplo, en la fianza contratada por el fiado con el fiador, a favor del acreedor (tercero extraño al contrato) como se verá más adelante.

Pacchionni incluso, minimiza el derecho de las partes para determinar cuándo debe ser privativo del tercero o del estipulante, el derecho de exigir la prestación al promitente, pues dice al respecto que:

"No es libre arbitrio de las partes sino la naturaleza de la relación economicosocial, que se manifiesta en un contrato válido a favor de tercero, lo que decide si de él debe nacer un derecho sólo para el tercero, o también para el estipulante, y lo que determina, en todo caso, la índole respectiva y la relación de estos dos derechos. Puede ser que se divida entre los dos el contenido íntegro del derecho nacido del contrato, de modo que los derechos de ambos se integren mutuamente; puede ser, en fin, que desde el momento de la conclusión del contrato adquiera el tercero en su totalidad el derecho, quedando al estipulante solamente las obligaciones nacidas del contrato mismo. *Todas estas combinaciones son posibles: la que se dé una u otra dependerá siempre más de la naturaleza de la relación economicosocial en que consiste el contrato que de la voluntad de las partes.*"¹¹⁹

De lo anterior podemos concluir que, de acuerdo con nuestra ley, de la estipulación a favor de tercero nacen dos acciones para exigir el cumplimiento de la prestación creada a favor de éste:

1o. Una acción a favor del tercero, para exigir del promitente el cumplimiento del derecho; pero que puede suprimirse por pacto en contrario, lo que convertiría este acto en un contrato a favor de tercero, en sentido impropio.

2. Una acción a favor del estipulante, para exigir del promitente el cumplimiento del derecho a favor del tercero, pero que puede suprimirse por el pacto en contrario o porque la naturaleza del contrato celebrado a favor del tercero, pugne con la existencia de esa acción.

3. En ausencia de esos pactos en contrario a que me refiero en los párrafos anteriores o de la incompatibilidad de la acción a favor del estipulante con la naturaleza del contrato, el contrato a favor de tercero origina dos

¹¹⁸ Rojina Villegas, Rafael: *Proyecto de reformas al Código Civil del Distrito y Territorios Federales*, México, 1967, págs. 151 y 152.

¹¹⁹ Pacchionni: *Los contratos*. . . cit. pág. 114.

acciones con el mismo contenido: una a favor del tercero y otra a favor del estipulante.

Esto último también lo sostienen Enneccerus-Lehmann, al comentar el artículo del Código Civil alemán, modelo del nuestro, al decir que: "Constituye una cuestión de interpretación la de si el promisorio adquiere un derecho a que se haga la prestación al tercero. Pero por regla general es de suponer que tal era la intención de las partes". Incluso los mismos autores opinan que aún en el caso de que no correspondiera "al promisorio semejante pretensión, habrá de otorgársele, si media un interés jurídico, la acción de constatación". Y en una nota añaden que en el caso de que tenga el promisorio o estipulante el derecho de exigir al tercero el cumplimiento de la obligación "nacen dos créditos de igual contenido (dirigidos a prestación a tercero), pero no un crédito solidario, porque el promisorio no puede exigir que se le haga a él la prestación y el deudor tampoco puede hacérsela."¹²⁰

Contrasta con esta solución del Código Civil alemán y del nuestro, la disposición contenida en el artículo 1499 del Código Civil chileno que sólo otorga la facultad de exigir el derecho pactado a su favor, al tercero extraño al contrato y la niega al estipulante, lo cual es criticable, pues éste tiene evidente interés en la mayoría de los casos, en exigir el cumplimiento de la estipulación.¹²¹ En cambio los Códigos Civiles de Brasil y Perú establecen expresamente y, en primer lugar, el derecho del estipulante a exigir del promisorio el derecho creado a favor del tercero e igualmente el Código Civil portugués de 1967 establece ese derecho a favor del estipulante o promisorio, en su artículo 444-2o.

El artículo 1871 del Código Civil del Distrito Federal, establece la posibilidad de revocación de la estipulación, antes de que el tercero manifieste su voluntad de aceptarla, efecto que pueden las partes evitar, pactando la irrevocabilidad. He ahí otro efecto natural del contrato, pues al no formar parte de su esencia, puede renunciarse. En la práctica es frecuente este caso, tanto en el seguro de personas como en el de daños contratado a favor de un acreedor del asegurado-estipulante y para el primero de los seguros mencionados está expresamente previsto en el artículo 165 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro que a la letra dice:

"El derecho de revocar la designación del beneficiario cesará solamente cuando el asegurado haga renuncia de él y, además, lo comunique al beneficiario y a la empresa aseguradora. La renuncia se hará constar forzosamente en la póliza, y esta constancia será el único medio de prueba admisible."

¹²⁰ Enneccerus-Lehmann, ob. cit., pág. 179.

¹²¹ Véase el texto del artículo 1499 del Código Civil chileno en la primera parte de este trabajo *R.I.J.* núm 7, pág. 314.

El artículo 1871 del Código Civil establece además que, si el tercero rehúsa la prestación estipulada a su favor, el derecho se considera como no nacido, es decir, se considera que el derecho del tercero nació sujeto a una condición resolutoria, consistente en la no aceptación del tercero; pero no dice qué sucede con la obligación a cargo del promisorio, pues el legislador prefirió dejarlo a lo que las partes estipulen con las limitaciones impuestas por la naturaleza del contrato celebrado.

Cabe aquí, hacer referencia a la disposición contenida en el artículo 256 del Código Civil de Quintana Roo de 1980, que dice así: "Si el tercero rehúsa la estipulación a su favor se extingue la obligación del estipulante".

La solución de este Código, es totalmente desacertada pues piénsese en el caso de que en un contrato oneroso traslativo del dominio de un bien, se pacte que el precio o cualquier contraprestación a cargo del adquirente, se realice a favor de un tercero extraño al contrato, si el tercero no acepta el derecho creado a su favor, según la disposición citada, se extinguirá la obligación del adquirente, quien se enriquecería injustamente.

Ante la imposibilidad de prever todos los casos posibles, es preferible la solución del Código Civil del Distrito Federal y del Código Civil alemán (artículo 333), que declara sólo extinguido el derecho del tercero, sin resolver en beneficio de quién se extingue, por lo que esto dependerá de la naturaleza del contrato o de la voluntad de las partes.

Considero mejor la solución que da el artículo 1411 del Código Civil italiano, al establecer una regla general consistente en que el derecho quedaría a favor del estipulante, salvo que otra cosa resulte de la voluntad de las partes o de la naturaleza del contrato.

Es también digna de elogio la solución que proporciona el Código Civil de Costa Rica, imitada por el de Nicaragua, los que establecen igualmente la regla general de que queda el derecho a favor del estipulante, cuidando de no perjudicar al promisorio, quien se aprovechará de la revocación del derecho o de la no aceptación por el tercero, si no es posible la transmisión de ese derecho a persona distinta del beneficiario.¹²²

El artículo 1872 del Código Civil del Distrito Federal establece otro efecto natural de la estipulación a favor de tercero, consistente en la oponibilidad de las excepciones derivadas del contrato, por parte del promisorio, en contra del tercero, pues se admite en forma expresa el pacto en contrario.

Por último, el artículo 1870 del Código Civil del Distrito Federal, establece la posibilidad de que los contratantes, como en cualquier otro acto jurídico patrimonial, le impongan a la estipulación modalidades, o sea pueden adicionar a sus elementos esenciales, otros elementos que pueden existir o no en un contrato, sin que se afecte su validez o existencia, por lo que se les denomina elementos accidentales; pero que cuando uno de ellos se incluye en el contrato ejerce su influencia en la vida de éste.¹²³

¹²² Idem, págs. 315 a 317.

¹²³ Messineo, Francisco: *Doctrina general del contrato*, tomo I, Buenos Aires, 1952, págs. 73 y 193 a 195.

28. ESTIPULACION A FAVOR DE TERCERO Y CONTRATO A FAVOR DE TERCERO. En el desarrollo de este trabajo he usado indistintamente las expresiones contrato a favor de tercero y estipulación a favor de tercero, no sólo porque ésta tiene siempre el carácter contractual, sino porque semánticamente estipulación es sinónimo de contrato y estipular de contratar.

En efecto, en Roma, estipular significaba celebrar un contrato *verbis*, que era la forma más común de contratar y que llegó a ser el contrato por antonomasia; pero posteriormente, en los países latinos, llegó a ser sinónimo de contratar y particularmente en España, desde la publicación del *Ordenamiento de Alcalá* en 1348, se empleó el nombre de estipulación para designar toda clase de convenios, como lo dice un comentador de la *Novísima Recopilación de las Leyes de España*.¹²⁴

Ya en 1956, Ruiz Rueda, en su monografía *la Fianza de empresa a favor de tercero*, hace notar, que tanto en España, como en Francia y en Italia, contratar y estipular se usan en la legislación como sinónimos y, posteriormente, Hernández Romo en su tesis profesional, para demostrar esta misma sinonimia transcribe 31 artículos del Código Civil del Distrito Federal en que las palabras estipular y estipulación se usan como sinónimos de contratar y contrato.¹²⁵

Sin embargo, hay que hacer notar que el término estipulación se usa también para designar una de las partes del contrato y así se dice con propiedad que el contrato contiene diversas estipulaciones, como en el artículo 1858 del Código Civil del Distrito Federal y en algunos otros. Por esto algún autor, como el español Albaladejo, distingue entre contrato a favor de tercero cuando el contrato por entero se hace a favor de éste y contrato con estipulación a favor de tercero cuando sólo alguna de las prestaciones es a su favor afirmando que ambas hipótesis son jurídicamente posibles, en contraste con antiguas posturas de la doctrina española que sólo consideran válido el contrato en que sólo alguna prestación es a favor de tercero.¹²⁶

La doctrina y jurisprudencia actuales no distinguen entre el contrato que contenga sólo algún derecho a favor de tercero o el que íntegramente se celebre en su favor, como es el seguro de vida. En éste, generalmente sólo una cláusula establece el derecho de un tercero, la cual es suficiente para que la prestación del asegurador, que forma parte de la esencia del contrato, nazca para el tercero y no para el estipulante o asegurado.

Si desde la época del *Ordenamiento de Alcalá* (1348) se usan como sinónimos estipulación y contrato, no puedo estar de acuerdo con Gutiérrez y González cuando define la estipulación en favor de otro como una cláusula que puede estar contenida en un contrato o en un testamento, atribuyéndole

¹²⁴ Díaz y Mendoza, F. de P.: *Novísima Recopilación de las Leyes de España, concordada y anotada*, en *Los Códigos españoles concordados y anotados*, Tomo IX, Madrid 1850, pág. 304, primera columna, nota b) a la Ley I.

¹²⁵ Ruiz Rueda, ob. cit., págs. 91 a 95; Hernández Romo, ob. cit. págs. 53 a 59.

¹²⁶ Véase la primera parte de este artículo en *R.I.J.* núm. 7. pág. 320.

el carácter de estipulación a favor de tercero al legado con la obligación a cargo del legatario de realizar una prestación a favor de otro legatario, caso previsto en el artículo 1394 del Código Civil del Distrito Federal.¹²⁷

Es también pertinente hacer notar la incorrección en que incurren algunas leyes o reglamentos, al decir que la ley estipula, pues el verbo estipular no significa nunca establecer, prohibir, ordenar, verbos estos últimos que sí pueden predicarse de las normas jurídicas generales y abstractas. Así, es incorrecta la redacción del artículo 5o. del Código Civil de Tlaxcala, donde se refiere a "lo estipulado en el siguiente artículo de ese Código".

21. CONCLUSIONES. En nuestra legislación positiva del Distrito Federal y de la mayoría de los estados de la República, se siguió como modelo para reglamentar la estipulación a favor de tercero, al Código Civil alemán; pero en cuanto a la clasificación de esta figura, nuestro legislador no siguió a esa fuente, pues no pudo sustraerse a la influencia que, aunque originada en Alemania, tuvo mayor éxito entre juristas franceses de la talla de Colin, Capitant, Josserand y otros y que pretende, que la fuente del derecho del tercero es una declaración unilateral de voluntad.

Esta postura del Código Civil del Distrito Federal, sostenida por gran parte de la doctrina mexicana, ha sido imitada por la totalidad de las legislaciones de los estados de la República que han promulgado su Código Civil con posterioridad a 1928, salvo por el de Tlaxcala.

Por lo que respecta a las legislaciones extranjeras, sólo una, que podemos considerar contemporánea a la del Distrito Federal, siguió esa corriente, la del Líbano, cuyo autor el jurista francés Josserand aceptaba esa postura doctrinal. Por lo tanto, no se cumplió la profecía de Lozano Romen, quien al criticar el Código Civil peruano, que considera la estipulación a favor de tercero como un contrato, vaticinó que "en un futuro no muy lejano, tanto ésta (la peruana) como las demás legislaciones que acusan tal defecto, colocarán y reglamentarán dentro del Capítulo y Título correctos, el Instituto que nos ocupa", es decir la clasificarán como declaración unilateral de voluntad.¹²⁸

Por el contrario, la corriente que siguió nuestro legislador de 1928, ha sido abandonada por la casi totalidad de las legislaciones y doctrinas extranjeras, por inútil, como desde 1942 lo hizo notar Santistevan, cuando no era la opinión dominante en México y posiblemente cuando nadie, por escrito, había criticado con anterioridad esta postura de nuestra legislación al concluir en su tesis profesional que:

"Si hemos dicho, la causa eficiente del crédito del tercero, si el propio contrato, y el derecho que éste deduce es consecuencia natural y necesaria de él; pues nadie podría negar por ejemplo, en el contrato de seguro que una vez realizado el acontecimiento que ha de tornarlo exigible, el pro-

¹²⁷ Gutiérrez y González: ob. y lug. cit.

¹²⁸ Lozano Romen, Javier: *La estipulación a favor de tercero*, tesis publicada en *Anales de Jurisprudencia*, tomo XCI, México, abril, mayo y junio de 1957, pág. 111.

mitente deberá en cumplimiento de la obligación contraída, entregar al beneficiario la cantidad estipulada, a la cual tiene indiscutible derecho, por efecto mismo del contrato; nuestra conclusión será:

PRIMERO. Los sistemas propuestos para explicar los particulares efectos de la estipulación, pretendiendo sacar de su origen el derecho del tercero, desvirtúan la propia naturaleza de esta especie jurídica.

SEGUNDO. En particular, la explicación del sistema de la declaración unilateral de voluntad del promitente, como origen de la obligación de éste y base del crédito tercero, no sólo resulta artificiosa e insuficiente para explicar sus efectos, sino completamente inútil.

TERCERO. Nuestro Código Civil vigente, al aceptar esta explicación, y colocar la figura que nos ocupa, en el capítulo relativo a la Declaración Unilateral de Voluntad, ajustando a la estipulación los principios relativos a esta fuente, aunque sin desconocer su origen contractual, altera su naturaleza y entorpece su desarrollo.

CUARTO. Los legisladores de 1928, al copiar la institución del Código Civil alemán, lo hacen de manera equivocada, no en cuanto a la virtud de éste sino en cuanto a la oficiosa colocación que introducen.

QUINTO. Se hace pues ostensible, la necesidad de reglamentar la estipulación a favor de tercero en título por separado, y darle mayor amplitud.¹²⁹

Estas conclusiones las hago mías, tan sólo con una aclaración: nuestra ley al clasificar erróneamente la estipulación a favor de tercero como una forma de declaración unilateral de voluntad, no llega a alterar su naturaleza, pues no logra suprimir que sea el acuerdo de voluntades el que haga nacer el derecho del tercero; teóricamente desnaturaliza esta figura, pero en la realidad no logra hacerlo, pues las clasificaciones contenidas en las leyes, no tienen contenido normativo y, por lo tanto, no establecen deberes, como lo ha sostenido, entre otros, Messina, quien dice: "Y hoy no existe dificultad en separar una cantidad de procesos técnicos jurídicos de la esfera de aquéllos peculiarmente atingentes a la actividad legislativa. Tales, por ejemplo, las clasificaciones y las sistematizaciones contenidas en los textos de las leyes, las cuales no tienen valor obligatorio por útiles que puedan ser a la ciencia cuando son exactas. En verdad todo sistema es expresión de representaciones puramente teóricas, de suerte que falta a las normas que lo declaran la referencia práctica que es propia de toda norma de conducta. Pero el orden de las materias no vincula, y de la materia clasificada se puede sacar una norma objetiva en dirección tal vez opuesta a la señalada por el juicio contenido en la clasificación legislativa".¹³⁰

En adición a las conclusiones anteriores quiero repetir lo que ya he dicho varias veces en este ensayo: la estipulación a favor de tercero es una forma de contratar, cuyo contenido varía totalmente, según el contrato que la contenga, el cual influye en su naturaleza, limita la libertad de las partes de tal

¹²⁹ Santistevan Echávarri, ob. cit., págs. 33 y 34.

¹³⁰ Messina, Giuseppe: *L'interpretazione dei contratti*, en "Scritti giuridici", vol. V. Milán, 1948, pág. 175. Este trabajo fue publicado por primera vez en 1906.

manera que las renunciaciones que en forma general en toda estipulación a favor de tercero hacen posibles los artículos 1868 a 1872 del Código Civil, se restringirán o suprimirán según lo exija el contrato que se celebre a favor del tercero y dentro de este marco legal, las partes podrán hacer los pactos que la autonomía de la voluntad les permite, de acuerdo con el fin jurídico, económico, social, afectivo o de otra índole que pretendan lícitamente alcanzar.

El contrato a favor de tercero puede tener muy diversos contenidos, como con palabras del jurista argentino Dassen se ha sostenido en el presente ensayo y como lo expresa igualmente en su monografía el ilustre Pacchionni, quien incluso era contrario a una reglamentación del contrato a favor de tercero en general, por lo que criticó al Código Civil alemán con estas palabras: "Mejor hubiera sido, en mi opinión, renunciar a crear una figura única y vaga de esos contratos y concentrar toda la atención en regular cuidadosamente, y en particular aquellos determinados contratos a favor de tercero que, fundados en necesidades diversas de la vida economicosocial, ya están confirmados, o tienden a estarlo, en la práctica y en la doctrina jurídica".¹³¹

Contra la opinión del jurista italiano, que él mismo califica de *vox clamans in deserto*,¹³² prefiero la solución de los códigos modernos, como los que rigen en Alemania, Suiza, Brasil, México, Líbano, Perú, Italia y Portugal, que reglamentan los contratos a favor de tercero en general; pero sin desconocer que es necesario reglamentar también aquellos contratos típicos a favor de tercero que tienen más vigencia en la vida diaria y sin dejar de tener presente esa diversidad de contenido que hace que difieran en sus efectos los distintos contratos, en concreto, que crean derechos a favor de un tercero.

Por esto, el presente ensayo no concluirá, sino después de haber dedicado algunas páginas, al estudio de algunos de los contratos a favor de tercero que se celebran frecuentemente en la práctica diaria de la vida civil o mercantil, tales como la fianza y el seguro.

¹³¹ Pacchionni: *Los contratos...* cit. pág. 143.

¹³² Idem, pág. 148.