

GIOVANNI PACHIONNI

PROF. DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE MILÁN

# LOS CONTRATOS A FAVOR DE TERCERO

ESTUDIO DE DERECHO ROMANO, CIVIL Y MERCANTIL

TRADUCCION DE LA ULTIMA EDICIÓN ITALIANA

POR

FRANCISCO JAVIER OSSET



EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO

M A D R I D

ES PROPIEDAD. QUEDA HECHO EL DEPÓSITO QUE MARCA LA LEY. TODOS  
LOS DERECHOS DE REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL DE ESTA OBRA, Y  
DERECHOS DE TRADUCCIÓN, RESERVADOS A EDITORIAL REVISTA DE DERE-  
CHO PRIVADO. MADRID, 1948

# INDICE DE MATERIAS





INTRODUCCIÓN ..... VII

**PRIMERA PARTE**

**Derecho romano**

§ 1.º Nociones generales ..... 3

§ 2.º Los contratos a favor de tercero en el Derecho romano antiguo..... 4

§ 3.º El principio clásico de la nulidad de los contratos a favor de tercero, y su contenido ..... 10

§ 4.º Las restricciones establecidas al principio de la nulidad..... 17

§ 5.º Las excepciones al principio de la nulidad..... 24

§ 6.º Del contrato por el cual el vendedor de un fundo, dado anteriormente en arriendo, estipula el respeto de éste en favor del arrendatario..... 27

§ 7.º Del caso en que uno se compromete a llevar una cosa a un tercero..... 30

§ 8.º Del pacto de *non petendo* y de la *postulatio in bona se mitti*..... 32

§ 9.º De la estipulación por la que quien constituía la dote se hacía prometer su restitución a favor de tercero ..... 34

§ 10. Del pacto de rescate estipulado por el acreedor pignoraticio enajenante a favor del deudor ..... 43

§ 12. Del contrato de comodato y de depósito con pacto de restitución a favor de tercero ..... 48

§ 13. De la donación *sub modo* a favor de tercero ..... 52

§ 14. Del depósito *in publicum* a disposición del acreedor ..... 62

§ 15. Otros casos de pretendida invalidez del contrato a favor de tercero..... 67

§ 16. Conclusiones relativas a las excepciones atribuidas al principio de la nulidad ..... 74

**SEGUNDA PARTE**

**Derecho modernò**

**CAPITULO PRIMERO**

**LOS CONTRATOS A FAVOR DE TERCERO EN LA DOCTRINA GERMÁNICA DEL SIGLO PASADO**

§ 1.º La tendencia de la doctrina germánica ..... 83

§ 2.º Las fuentes del principio jurídico moderno de la validez de los contratos a favor de tercero ..... 88

## ÍNDICE DE MATERIAS

	<u>Página</u>
§ 3.º Las diversas teorías sobre el contrato a favor de tercero .....	103
§ 4.º Las diversas teorías sobre el fundamento del derecho del tercero .....	105
§ 5.º Naturaleza del derecho del tercero .....	108
§ 6.º En qué momento surge el derecho del tercero .....	110
§ 7.º El derecho del tercero y el del estipulante .....	112
§ 8.º De las relaciones entre el obligado y el tercero .....	115
Bibliografía .....	120

## CAPITULO II

### LOS CONTRATOS A FAVOR DE TERCERO EN LAS LEYES MÁS RECIENTES

§ 1.º El contrato a favor de tercero en el Código civil del Imperio alemán...	132
§ 2.º Las críticas al Proyecto .....	136
§ 3.º Los contratos a favor de tercero en el Código civil alemán .....	139
§ 4.º Los contratos a favor de tercero en los más recientes Códigos y proyectos de Códigos .....	144
I. El Código civil suizo de las obligaciones .....	144
II. El Código civil general austriaco y el proyecto de su revisión .....	145
III. Proyecto de Código civil general húngaro .....	150
IV. Código civil japonés .....	156
V. El Proyecto de Código de las obligaciones y de los contratos .....	157

## TERCERA PARTE

### El Derecho civil italiano

## CAPITULO PRIMERO

### LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO Y LAS TEORÍAS RESPECTIVAS

§ 1.º Introducción .....	161
§ 2.º Los contratos a favor de tercero en el Código civil italiano .....	162
§ 3.º Interpretación de los artículos 1.119, 1.121 y 1.165 del Código civil francés, y de los 1.128 y 1.130 correspondientes del Código civil italiano .....	164
§ 4.º Mi interpretación de los artículos 1.128 y 1.130 del Código civil .....	175

CAPITULO II

LIMITACIONES Y EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LA NULIDAD

*I.—Las limitaciones*

§ 1.º	De la validez entre las partes en virtud del interés del estipulante.....	178
§ 2.º	La posición jurídica del promitente y del tercero .....	185

*II.—Las excepciones*

§ 1.º	Generalidades .....	188
§ 2.º	De la estipulación a favor de tercero, condición de una donación del estipulante al promitente .....	189
§ 3.º	De la estipulación a favor de tercero, condición de una estipulación para uno mismo .....	190
§ 4.º	De la declaración del tercero de querer aprovecharse de la estipulación contratada en favor suyo .....	194
§ 5.º	Verdadera naturaleza jurídica de la declaración del tercero .....	197
§ 6.º	Naturaleza del derecho del tercero .....	199
§ 7.º	Del derecho de revocación por parte del estipulante .....	201
§ 8.º	Efectos de la revocación por parte del estipulante, y de la renuncia por parte del tercero .....	203
§ 9.º	Fundamento jurídico del derecho del tercero .....	205
§ 10.	De las excepciones que el promitente puede oponer al tercero en los casos del artículo 1.128 del Código civil .....	206
§ 11.	De la transmisibilidad del derecho a revocar del estipulante, y del derecho del tercero a declarar que intenta aprovecharse de la estipulación celebrada en su favor .....	210
§ 12.	La voluntad de las partes y la validez de los contratos a favor de tercero, según el artículo 1.128 del Código civil .....	212
§ 13.	De los contratos a favor de personas indeterminadas .....	214
§ 14.	De la reserva hecha por el estipulante sobre la determinación del tercero. ....	215
§ 15.	De los contratos a favor de la sociedad .....	218
§ 16.	De la capacidad del tercero que declara, y a quién debe ser hecha la declaración .....	227
§ 17.	De la relación entre el derecho de acción del estipulante y el del tercero. ....	229
§ 18.	La representación y los contratos a favor de tercero .....	232

**CUARTA PARTE**

**Los contrato especiales a favor de tercero**

**CAPITULO PRIMERO**

**EL CONTRATO DE TRANSPORTE A FAVOR DE TERCERO**

§ 1.º	Introducción .....	247
§ 2.º	Del contrato de transporte en general .....	248
§ 3.º	Del fundamento jurídico del derecho del destinatario .....	251
§ 4.º	El contrato de transporte no es contrato a favor de tercero .....	254
§ 5.º	El contrato de transporte no es un contrato a favor de tercero, en el sentido del artículo 1.128 del Código civil .....	258
§ 6.º	El derecho del destinatario según el Código de Comercio .....	260
§ 7.º	Fundamento jurídico del derecho y de las obligaciones del destinatario.	262
§ 8.º	El derecho del destinatario en los transportes ferroviarios .....	264
§ 9.º	El derecho del destinatario en caso de pérdida o extravío de las mercancías .....	269
§ 10.	Del derecho del destinatario según las nuevas condiciones y Tarifas para el transporte de cosas .....	272
§ 11.	De los pretendidos substitutivos del rescate .....	273
§ 12.	Del caso en que el rescate ha sido realizado por persona no autorizada...	274
§ 13.	Del endoso al destinatario de la carta de porte .....	277
§ 14.	Del caso en que el remitente no puede proceder sino de acuerdo con el destinatario .....	279
§ 15.	Del caso en que el destinatario que ha rescatado, renuncia, frente al remitente, a hacer valer sus propios derechos contra el transportista.	279
§ 16.	El derecho del destinatario según la primera y segunda Convención Internacional de Berna .....	281
§ 17.	De si el destinatario que muere antes de la llegada de las mercancías a él expedidas, o antes de efectuar su rescate transmite a sus herederos el derecho a proceder contra el transportista .....	283
§ 18.	Del transporte de la correspondencia certificada y de los paquetes postales .....	284

CAPITULO II

EL CONTRATO DE SEGURO SOBRE LA VIDA A FAVOR DE TERCERO

*I.—Teoría y datos de legislación comparada*

§ 1.º	Nociones generales .....	286
§ 2.º	El contrato de seguro de vida a favor de tercero y el Código civil francés .....	288
§ 3.º	El contrato de seguro de vida a favor de tercero, según el Derecho común. ....	290

*II.—El seguro de vida a favor de tercero según las leyes italianas*

§ 1.º	Nociones preliminares .....	292
§ 2.º	Teoría de MANENTI .....	293
§ 3.º	El seguro de vida a favor de tercero no es válido según los términos del artículo 1.128 del Código civil .....	300
§ 4.º	El contrato de seguro de vida a favor de tercero es un contrato válido en el sentido de la doctrina moderna .....	302
§ 5.º	El derecho del beneficiario .....	303
§ 6.º	De si el beneficiario puede entrar en posesión del contrato de seguro celebrado en su favor pagando las primas en lugar del asegurado... ..	305
§ 7.º	Los derechos del asegurado a favor de tercero .....	307
§ 8.º	De los varios modos en que puede ser designado el beneficiario.....	309
§ 9.º	Del seguro de vida a favor de persona indeterminada y futura.....	312
§ 10.	Del seguro de vida a favor de personas relativamente incapaces para recibir a título de herencia y donación .....	318
§ 11.	Si el beneficiario que premuere transmite su derecho a sus propios herederos .....	321
§ 12.	A quién pertenece la cantidad asegurada en caso de muerte simultánea del asegurado y del beneficiario .....	335

CAPITULO III

DE LA ASUNCIÓN DE LAS DEUDAS DE OTRO

§ 1.º	Nociones generales .....	342
§ 2.º	De la llamada asunción simple .....	343
§ 3.º	De la asunción con efectos para el acreedor .....	344
§ 4.º	De la asunción con efecto acumulativo y liberativo .....	345

## ÍNDICE DE MATERIAS

	<u>Páginas</u>
§ 5.º De la asunción celebrada con intervención del acreedor .....	346
§ 6.º De la asunción efectuada mediante contrato entre subrogante y acreedor.	348
§ 7.º Si en los casos de asunción de deuda mediante contrato a favor de tercero tiene lugar la sucesión .....	350
§ 8.º Si se produce sucesión en los casos de asunción de deuda pactada entre subrogante y acreedor .....	351
§ 9.º De la asunción de una deuda, garantizada hipotecariamente, por el comprador de la finca hipotecada .....	353
§ 10. La asunción de las deudas de un negocio comercial .....	359

## CAPITULO IV

### LA CONSTITUCIÓN DE RENTA Y OTROS CONTRATOS A FAVOR DE TERCERO

§ 1.º De la constitución de renta a favor de tercero .....	365
§ 2.º Del pacto de respetar los plazos del arrendamiento en la venta de un fundo arrendado .....	367
§ 3.º Del depósito y del comodato con pacto de restitución a favor de tercero.	367
§ 4.º Del mútuo con pacto de restitución a un tercero .....	369
§ 5.º Del subarriendo y de la cesión de arriendo .....	369
CONCLUSIÓN .....	373

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





En dos sentidos diversos puede hablarse de contratos a favor de tercero: uno, lato o vulgar, y otro, estricto o técnico. En sentido lato se llama *contrato a favor de tercero* a todo contrato que, en cualquier forma, sea celebrado en atención a un tercero, y que, de cualquier modo, sea destinado y logre, directa o indirectamente, proporcionarle un provecho. En este sentido se llama así al contrato 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 en favor de tercero aquél que se celebra 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. En cambio, cuando se habla de contratos en favor de tercero, en sentido estricto o técnico, se indica una figura especial de contrato, distinta de todas las demás semejantes, a las que acabamos de referirnos; una figura contractual que tiene en sí misma su propia razón de ser, y que puede ser reconocida, jurídicamente, con individualidad propia e independiente.

Algunos escritores actuales (a), siguiendo una tendencia anterior, han estimado más útil tomar como base de sus trabajos el concepto más lato o vulgar (1); en cambio, a nosotros nos parece más conveniente apoyarnos en nuestras consideraciones sobre el concepto técnico, puesto que sólo así parece posible llegar a una valoración completa de esta institución y de las modernas doctrinas que le atañen.

Comenzaremos, pues, dando la determinación lógica del concepto

---

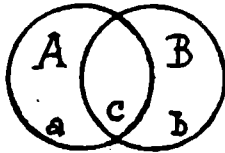
(a) Téngase en cuenta que la primera edición de esta obra es de 1898.

(1) Cfr. HELLWIG, «Die Verträge auf Leistung an Dritte», Leipzig, 1899. En el Prefacio, pág. IV.

técnico del contrato a favor de tercero, según los datos de las más recientes investigaciones civilistas (2).

Sólo se puede alcanzar esta determinación eliminando todos aquellos contratos que pueden ser llamados a favor de tercero según el lenguaje vulgar, pero que no ofrecen las características del verdadero tipo autónomo, ya que entran en la esfera de otras instituciones reguladas particularmente en el sistema del Derecho civil. Una vez hechas estas eliminaciones, resulta que es contrato a favor de tercero, en sentido técnico, solamente aquél que, realizado válidamente entre dos personas, pretende atribuir un derecho a una tercera 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.

Un perspicaz civilista austríaco (3) ha comprendido en este ingenioso dibujo



el resultado de esta serie de eliminaciones; y si bien no es recomendable, en general, el utilizar la geometría para determinar los conceptos jurídicos, hemos creído útil reproducirlo para esclarecer mejor lo que antecede.

El círculo *A*, completo, sirve para indicar los contratos perfeccionados a favor de un tercero, que ha permanecido completamente extraño a su conclusión, considerados *únicamente* en cuanto existió en ellos

---

(2) Cfr. especialmente GAREIS, «Die Verträge zu Gunsten Dritter», Würzburg, 1873, página 148; TARTUFARI, «I contratti a favore di terzi», Verona, 1889, 104, 110; GÖMÖRY, «Der Vertrag zu Gunsten Dritter», Ulster-Zürich, 1890; COHEN, «Die Verträge zu Gunsten Dritter», Rostock, 1891.

(3) Armin EHRENZWEIG, «Die sogenannten zweigliedrigen Verträge, insbesondere die Verträge zu Gunsten Dritter nach gemeinen und oesterreichischem Rechte», Viena, 1895.

la intención de atribuir al tercero un derecho suyo y propio; o sea independientemente del hecho de lograrse tal atribución. El círculo *B* indica, por el contrario, todos los contratos en que una persona, distinta de las que intervienen en ellos, adquiere directamente los derechos que se derivan de tales contratos, considerados éstos sólo en cuanto, conforme a ellos, adquiera el tercero; o sea prescindiéndose del hecho de haber permanecido el adquirente, total o parcialmente, extraño al contrato. (La representación.)

El espacio *C*, en que se superponen ambos círculos, indica aquellos contratos en que se suman las características fundamentales de las dos grandes categorías *A* y *B*: aquellos contratos en los que una persona, que ha permanecido absolutamente extraña a la celebración de un contrato determinado, hecho en favor suyo (característica fundamental del círculo *A*), adquiere un derecho propiamente suyo conforme al mismo contrato (característica fundamental del círculo *B*).

El espacio *a*, igual a *A* menos *c*, representa aquellos contratos terminados a favor de tercero en que éstos no adquieran derechos propiamente suyos (por ejemplo, los contratos a favor de tercero impropios). El espacio *b*, (*B* — *c*), representa, en cambio, aquellos contratos en que una persona, distinta de los contratantes, adquiere los derechos que se derivan del contrato, pero en los que no puede decirse que tal persona haya permanecido completamente extraña a la terminación del mismo. (Representación.)

Es evidente, por tanto, que puede construirse, *lógicamente*, una figura autónoma de contrato a favor de tercero, bien delineada teóricamente. Pero sería erróneo querer atribuir sin más a este *ente lógico* una *existencia real*; querer deducir de su *posibilidad* conceptual su *indispensabilidad práctica*. No todo lo que puede *construirse conceptualmente* tiene también necesariamente una *existencia* y una *función* real en el sistema jurídico (4). Los conceptos y figuras lógicas, distribuidos según las exigencias reales de la vida social, constituyen órganos de instituciones vivas y vitales; utilizados, en cambio, según todas las posibles combinaciones de que son capaces, ofrecen el espectáculo, árido e infecundo, de un caleidoscopio.

---

(4) Véase a este propósito las agudas observaciones de LEONHARD, «Die Anfechtbarkeit der Venträge für Vermögen eines Dritten», Leipzig, 1892, pág. 22, y especialmente págs. 30-32.

Determinado lógicamente el concepto de contrato a favor de tercero en sentido técnico, conviene ahora averiguar: 1.º Si tal contrato tiene un fundamento histórico, esto es, si ha sido reconocido históricamente. 2.º Si es necesario o útil formular una teoría general del mismo. 3.ºCuál es la posición tomada frente a este problema por las más recientes legislaciones, y en particular por nuestro Derecho positivo.

Anticipando los resultados de mis investigaciones, podemos dar ahora la respuesta a esas preguntas.

El Derecho romano no reconoce validez en ningún estadio de su desarrollo histórico, en el ámbito de los principios, al contrato a favor de tercero; no es exacto que tal validez se halle contenida, en germen, en las pretendidas excepciones romanas al principio de la nulidad. Tampoco creemos que pueda llegarse a otras conclusiones en cuanto se refiere al Derecho germánico.

La doctrina de la validez, como norma, de todo contrato a favor de tercero ha tenido su origen en una equivocada generalización del modo de ser tratados por la jurisprudencia y leyes recientes, típicos y especiales contratos a favor de tercero; equivocación favorecida por el dogma de la *omnipotencia de la voluntad contractual*, imperante en el siglo pasado.

También el experimento de llevar esta doctrina a las más recientes codificaciones puede considerarse como malogrado; y me parece aún más reprobable la tendencia a infiltrarla en aquellas legislaciones que, como la francesa y la italiana, no han sufrido la influencia de la dogmática y de la legislación germánica del siglo pasado.

Pero si es errónea la doctrina que proclama la validez, como principio, de todo contrato a favor de tercero, no puede negarse por eso que hayan existido en las legislaciones pasadas, y siempre encontramos en nuestra legislación civil y comercial contratos especiales a favor de tercero, en el sentido doctrinal antes expuesto. La verdad es que cada uno de esos contratos tiene en sí mismo su justificación y su verdadera disciplina, derivada de su estructura interna, determinada por la función que tiene en la vida jurídica privada (5).

---

(5) De esto se sigue que se equivoca, en mi opinión, el Proyecto de Código de las Obligaciones y de los Contratos Francoitaliano, al proclamar el principio de la validez de todo contrato a favor de tercero.

PRIMERA PARTE  
DERECHO ROMANO





## § 1.º NOCIONES GENERALES

Está universalmente admitido que el problema sobre la validez de los contratos a favor de tercero fué resuelto negativamente por el Derecho romano, y sobre ello no existe hoy duda alguna. Sería superfluo, por tanto, toda investigación dirigida a demostrar esta afirmación (1).

No es superfluo, en cambio, someter las fuentes romanas a un nuevo y cuidadoso examen crítico dirigido a determinar cómo y cuándo surgiera, y cómo y dentro de qué límites se conserva el principio de la nulidad de los contratos a favor de tercero en la evolución histórica del Derecho romano. La equivocación mayor en la forma tradicional de tratar este problema, que hace oportuno y útil un nuevo examen del mismo, consiste en que todos los elementos, que las fuentes llegadas a nosotros ofrecen en relación con el asunto, han sido examinados sin selección y discriminación, como materiales para construir una teoría determinada. A este método, seguido generalmente en las investigaciones, ha de achacarse el que la doctrina romanista sobre los contratos a favor de tercero, cristalizada en matrices esterotípicas, venga repitiéndose de compendio en compendio, y más o menos diluída, de monografía en monografía. Quien piense sobre la profunda evolución que sufrió el sistema de los contratos y la doctrina a ellos referente desde la época republicana a la clásica y justiniana; quien considere la oposición y los conflictos que, ya en la época clásica, había entre las ideas y las instituciones antiguas y modernas, en el vasto y multiforme campo de las obligaciones; quien reflexione sobre el modo en que fueron refundidos y amalgamados los materiales clásicos y postclásicos por los compiladores

---

(1) Todavía se han realizado en estos últimos años algunos estudios sobre este asunto por parte de HELLWIG, op. cit.; de DNIESTRANSKI, *Die Aufträge zu Gunsten Dritter*, Leipzig, 1904, y de PEROZZI *Instituzioni di diritto romano*, vol. II Florencia, 1908.

justinianeos y antejustinianeos, verá claramente que también en Roma debe haber pasado por distintas vicisitudes la teoría de los contratos a favor de tercero, y que ya no puede ser misión de la investigación romanista el construir, con los restos de los distintos elementos, de los que aquella teoría extrajo una vitalidad diversa en los distintos períodos, un solo y único cuadro de la misma, sino hacerla revivir, en lo posible, en los diversos aspectos que fué presentando sucesivamente.

## § 2.º LOS CONTRATOS A FAVOR DE TERCEROS EN EL DERECHO ROMANO ANTIGUO

El averiguar si el Derecho romano antiguo admitió la validez del contrato a favor de terceros, entendido éste como lo entiende la doctrina moderna, es algo que no tiene sentido. En el sistema jurídico romano antiguo no existe una teoría del contrato, y menos la hay, por lo tanto, del hecho a favor de tercero. De esta consideración elemental se desprende una significativa consecuencia: si la existencia del contrato a favor de tercero es inadmisibles en aquella época y en aquel sistema, es preciso negar también que pudiese estar prohibido o declarado nulo. A esta sencilla, mas persuasiva observación, parece oponerse, sin embargo, una norma que se encuentra, en las fuentes clásicas, en estrecha relación con el principio de la nulidad de los contratos a favor de terceros, y que se presenta en las dos formas siguientes: *per extraneam personam... adquiri nobis non potest*, y *per liberam personam... adquiri non potest* (2). En esta regla se expresa, en efecto, un principio de derecho antiguo demasiado amplio que, a primera vista, tiene todos los caracteres de una prohibición, y que en tal sentido ha sido tomado, generalmente, por la doctrina romanista.

Pero esta dificultad puede superarse admitiendo —lo que por otra parte nos parece demostrable— que tal norma no tuvo en su origen una función positiva. No era su fin excluir lo que llamamos hoy representación directa, ni prohibir o declarar nulos los contratos a favor de terce-

---

(2) Sobre la probable sucesión histórica de ambas formas en que se encuentra esta regla en los documentos, y sobre las interpolaciones que ha sufrido por obra de los compiladores justinianeos, existen muy diversas interpretaciones.

ros, cuya figura hemos precisado antes, sino que sirvió más bien para describir y dibujar, negativamente, la función económica y jurídica que, como medios de adquirir, tenían en la antigua sociedad romana los sujetos al *pater familie*. Esta norma venía a decir: El padre de familia podrá adquirir derechos por medio de los sometidos a su patria potestad, pero no podrá hacerlo por medio de otros *pater familie*, independientes de él, ni por medio de extraños a su familia (3). Solamente después de existir con esta significación en el sistema romano, se vió esta regla obligada a justificar un veto (que originariamente no había previsto, ni podido prever), en un tiempo en que se sentía la necesidad de proclamar el principio (acaso en contraposición al *ita jus esto* de la disposición de las XII Tablas, de la que en seguida nos ocuparemos), de que la estipulación (y, en general, todo otro contrato) no puede producir efectos más que entre las partes contratantes; lo cual nos enseña que las *regulae juris* no tienen, consideradas en su desenvolvimiento histórico, un contenido estable, inmutable; antes al contrario, viven, se transforman y asumen diverso alcance en los varios ambientes en que sucesivamente se encuentran.

Algo parecido al moderno contrato a favor de tercero había ya, sin embargo, en el derecho antiguo, cuando una *mancipatio* estaba acompañada de la cláusula, o *leges*, a favor de tercera persona. Es sabido que las XII Tablas establecen la obligatoriedad de tales cláusulas con la disposición: *cum nexum faciet mancipiumve uti lingua nuncupassit ita jus*

---

(3) Sobre el diverso alcance dado a la norma por SCHLOSSMANN (*Der Besitzerwerb durch Dritte*, §§ 6 y 7), se opone KRUEGER, crítica a la obra de SCHLOSSMANN («Archiv. für die civ. Praxis.», vol. 66 (1882), págs. 150-160). CZYHLARZ, crítica, en la «Grünhuts Zeitschrift», vol. 10 (1883), págs. 145-151. PERNICE, crítica, en la «Zeitschrift für Rechtsgeschichte», vol. 16 (año 1882, pág. 93). ECK, crítica en «Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht», vol. 30 (1884), págs. 289-292. SCIALOIA, crítica en «Cultura», año I, núm. 10, pág. 435. FADDA, crítica, en el «Archivio giuridico», volumen 27, págs. 316-321. La unanimidad de estas críticas es elocuente por sí misma.

Sin embargo, no se ha dado por vencido SCHLOSSMANN, y en un trabajo expofeso: «Zu dem Satze: *Per liberam personam nobis adquiri non potest*», inserto en «Grünhuts Zeitschrift», vol. X, págs. 583-597, ha mantenido su opinión. Más es necesario reconocer que si ha logrado poner al descubierto la independencia de la norma examinada de la teoría de la representación, no ha tenido éxito parecido en dar un fundamento serio a su original tesis, según la que esta regla habría sido formulada en defensa de la libertad individual.

*esto*. Ahora bien, suponiendo que en una *mancipatio* se pactase, por ejemplo, un derecho de servidumbre sobre la cosa mancipada a favor de tercera persona, debemos preguntarnos si esta tercera persona podría después hacer valer, frente al *mancipio accipens*, la servidumbre establecida a su favor, apoyándose en aquella *mancipatio*, en cuya conclusión no había tenido parte. La misma cuestión surge en el caso de ser pactadas prestaciones personales del *mancipio accipiens* a favor de tercero; y es sabido que, en la doctrina romanista, se discute si los terceros considerados en una *mancipatio familiae* podrían obrar directamente contra el *familiae emptor* (4).

No creemos necesario adentrarnos ahora en esta discusión: bastará tener presente que, en todo caso, mal se puede unir una validez de tales pactos, en cuanto a los terceros, con el principio moderno de la validez de los contratos a favor de terceros, puesto que la *mancipatio* no era un contrato, en el sentido moderno de esta palabra, y su eventual eficacia, en cuanto a los terceros, no podía fundarse sobre la voluntad de las partes, sino que provenía de la disposición positiva de las XII Tablas, antes citadas, que establecía, en cuanto a toda *mancipatio*, un *estado de derecho objetivo*, cuyos efectos se producían en todas direcciones, y a la cual podían acogerse todos los ciudadanos, como a cualquier otra disposición legal.

Podremos, pues, terminar admitiendo que, al principio, fundados en una *mancipatio* con cláusula a favor de terceros, podían éstos actuar directamente contra el *mancipio accipiens*; pero sin conceder, por ello, que en estos efectos de la *mancipatio* pueda verse, como llega a sostener SOHM, el ejemplo más antiguo de contrato válido a favor de terceros (5). Esta equiparación confunde fenómenos jurídicos muy distintos, aunque aparentemente semejantes, como son el contrato de la época clásica, *fuentes de derechos subjetivos (obligaciones)* y la *Lex mancipii* del derecho antiguo, *fuentes de derechos objetivos* (6).

---

(4) Puede encontrarse una exposición, exacta y profunda, de las varias opiniones, en FADDA, *Della origine dei legati*. (Studi giuridici e storici per l'VIII centenario della Università di Bologna), Roma, 1888, pág. 194 y siguientes.

(5) *Institutionem*. (6.<sup>a</sup> edición), 1894, pág. 433.

(6) Cfr. fr. 34 Dig. I, 7. Paulus libro undécimo quaestionum. *Quaesitum est, si tibi filius in adoptionem sit datus, ut post triennium puta eundem mihi in adoptionem des, an actio ulla sit. et Labeo putat nullam esse actionem: nec enim moribus*

De todos modos —y sin que sea inoportuno el insistir en destacar el carácter conjetural de las consideraciones que acabamos de exponer—, es preciso evitar con todo cuidado el sacar de tales consideraciones exageradas consecuencias. Y me parece una exageración el sostener que, durante la época del derecho clásico, el *per aes et libram agere*, pudo producir en cuanto a los terceros los mismos efectos que se le pueden atribuir, en vía de hipótesis, en la época antigua. EHRENZWEIG (7), formula esta hipótesis, pero no logra demostrarla. ¿No sería realmente extraña contradicción que el derecho clásico, que tan rígidamente mantiene el principio de la nulidad de los contratos a favor de tercero, admitiese después, como normal, una función del *per aes et libram* que habría reducido aquel principio a un mero desahogo doctrinal? Tengo por especioso el argumento que EHRENZWEIG intenta deducir, en defensa de su tesis, del hecho de que solamente en época tardía aparecen las excepciones al principio de la nulidad. Según dicho autor, esto se explicaría considerando que, mientras estuvo en uso el *per aes et libram agere* no fué necesario establecer excepciones, ya que con él era posible, de ordinario, *cavere alteri*, y porque de ese modo, justamente, solían perfeccionarse aquellos negocios que más tarde constituyeron las excepciones. Pero todo eso se explica también fácilmente de otro modo: esto es, pensando que aquellas instituciones sobre cuya generalización se ha basado la teoría, formulada hoy, de la validez de los contratos a favor de terceros, no eran utilizadas en la vida romana, puesto que, en de-

---

*nostris convenit filium temporalem habere*. La *lex* que se menciona en este fragmento declara la imposibilidad de que se produzcan, en el caso concreto, efectos favorables al tercero, en cuyo provecho se intentó realizar, pero esto por un motivo especialísimo relativo solamente al mismo caso de que se trata (*nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere*). Está justificado, pues, el argumento a *contrariis*, en defensa de la validez de los *pacta fiduciae*, en todos los casos en que no concurran aquellos especiales motivos de moralidad en contra. Ahora bien: ¿cómo debería entenderse esta validez? ¿En sentido de atribuir una acción al tercero, o sólo el emancipante? PERNICE, en *Labeo III, I*, págs. 136-137, se inclina por esta última opinión, que le parece la única natural; EHRENZWEIG, en la op. cit., página 76, nota 28, fundándose en el fr. 34, Dig. I, 7, admite, aunque en forma dubitativa, que la *actio fiduciae* podía ser ejercida por el tercero directamente. A mí me parece que esta hipótesis tiene también a su favor el fr. 49 Dig. 24, I: *vel ut res cum omni emolumento per patrem postea ad filium transiret*. Cfr. FERRINI, en «Arch. Giur.», vol. 52, pág. 493.

(7) Op. cit., págs. 70-72.

finitiva, con el práctico expediente de hacer entrar en la *stipulatio* al tercero en cuyo favor se quería estipular, podían evitarse, fácilmente, los inconvenientes del *alteri stipulari nemo potest*. Aceptando esto, falta explicar aún cómo se produjo esa transformación, que nosotros admitimos con referencia al *per aes et libram agere*, por la que sus efectos habrían quedado limitados, en la época clásica, a las partes contratantes. Pero la explicación de este hecho no ofrece, en el fondo, gran dificultad. Aquello del antiguo *per aest et libram agere* que había sobrevivido al mundo jurídico romano antiguo, se halló trasplantado al ambiente jurídico clásico, y debió sufrir, naturalmente, una transformación profunda. En este nuevo ambiente, el antiguo *ita jus esto* había perdido su significado original, y el *per aes et libram agere*, que en la antigüedad era fuente de derecho, se plegó y redujo a ser simplemente fuente de derechos subjetivos. La idea del contrato privado que dominaba, por entonces, todo el campo de las obligaciones, se reflejó también sobre el *per aes et libram agere*, y acabó por gravar en él su impronta, limitando sus efectos a las partes contratantes. Quizá el sello de esta transformación se ha conservado en las palabras *nec legem dicendo* del frg. 73, Dig. 50, 17 (8); y tal vez, también, no es exagerado el afirmar que la proclamación del principio de la nulidad de los contratos a favor de terceros debió ser motivada, o al menos acelerada, precisamente por la contradicción que existía en el primer sistema clásico entre el concepto y efectos del *per aes et libram agere* y el concepto y efectos de la *stipulatio*. Aquél era un acto solemne, eficaz en su destino de originar derecho; ésta era un acto privado destinado normalmente a originar relaciones entre las personas que la habían celebrado, y eficaz sólo en esa forma. Esta di-

---

(8) Sobre los distintos significados de *lex* y *legem dicere*, en las fuentes romanas, véase el minucioso trabajo de PERNICE, *Labeo III, I*, págs. 19-24. Me parece enteramente inverosímil que en el fr. 73, Dig. 50, 17, *legem dicere*, esté en lugar de *in lege dicere*. (BECHMANN, KAUF, I, pág. 275, citado por EHRENZWEIG, op. cit., página 71, nota 29). Conviene darse cuenta de que el fragmento está tomado del *liber singularis*  $\delta\rho\omega\gamma$  y que en el momento en que se formulaba la regla que contiene, el *legem dicere* (que se prestaba más a ser equiparado a la *stipulatio*) era aquel *legem dicere* que, en el negocio *per aes et libram*, servía para dar vida a las más variadas obligaciones. La objeción que presenta EHRENZWEIG contra esa interpretación, de que con ella queda incompleta e imperfecta la definición de SCAEVOLA (al no comprender los otros contratos, como el de compra, el de arrendamiento, etcétera), no tiene valor decisivo para la época antigua a que nos referimos.

versidad fundamental de naturaleza; este carácter privado de la *stipulatio* (y de los otros contratos posteriores), en oposición a la solemnidad del *per aes et libram agere*, y a lo que puede llamarse su *publicidad*, debían reflejarse, necesariamente, en las reglas relativas a ambas instituciones; y por eso, cuando se admita que, en efecto, el *per aes et libram agere*, al menos en su origen, podía producir directamente efectos también para los terceros, debe lógicamente proclamarse la nulidad de los contratos a favor de terceros (9).

Es verdad que, en el ambiente jurídico romano, concurría otra circunstancia favorable a esa afirmación. Existían en él aquellas reglas antiguas, antes señaladas, que si en su forma original tenían sólo un aspecto negativo, delimitador de la función de los sometidos al cabeza de *familia* frente a los extraños a la misma *familia*, podían con gran facilidad, prestarse a ser empleadas en una nueva función distinta, ya que no del todo independiente, de la antigua. No es improbable que, para esta nueva finalidad, se extrajese de las dos reglas antiguas una nueva: *alteri stipulari nemo potest* (10), la cual constituye, en el derecho clásico, la

(9) Citamos aquí dos textos para ilustrar la oposición entre el contrato privado y el negocio solemne, público: Fr. 19, Dig. 46, 2. Paulo, libro sexagesimo nono ad edictum: ... *eo autem denegatur exceptiones adversus secundum creditorem quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum qui delegatus est et debitorem actum est aut, etiam sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur: el ideo merito denegandam est adversus eum exceptionem ex persona debitoris.*

Fr. 1, Dig. 49, 14. Callistratus libro primo de jure: ... *Vel poenam fisco ex contractu privato deberi.*

Al elemento de la publicidad no se le debe dar el mismo significado en el derecho antiguo que el que tiene en el moderno, y tampoco parece aceptable lo que dice EHRENZWEIG, en su obra citada, pág. 71, nota 27, de que la publicidad del acto *per aes et libram*, tuviese por fin el hacer más fácil, a las personas que en él intervenían, el obligarse.

(10) Como explicación y complemento de la fórmula más antigua: *nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando alteri cavere potest*, el fr. 73, Dig. 50, 17, y el c. 26. Cod. 5, 12; el hallarse después la regla *alteri stipulari nemo potest* extendida a todas las otras convenciones y actos jurídicos, demuestra sin dificultad que su fundamento no debe buscarse, ciertamente, en el carácter formal de la *stipulatio*. Cfr. SCHLOSSMANN, en *Der Besitzerwerb durch Dritte*, pág. 57, nota I, y MASSA, *I contratti in favore o a carico di terzi* («Arch. Giur.», vol. 50, pág. 63, nota 39). Y en opinión contraria, a TARTUFARI, en ob. cit., pág. 11.



base jurídica de la nulidad de las estipulaciones y, en general, de todos los contratos a favor de terceros.

En apoyo de esta hipótesis deponen, en mi opinión, dos circunstancias: el estar formulada la regla *alteri stipulari nemo potest* de modo más concreto que las otras dos, y en una época en que la *stipulatio* no sólo existía ya dentro del sistema, sino que estaba elaborada ampliamente por la doctrina; y el estar en ella más destacada la posición de quien quiere que un tercero adquiera un derecho, que la de aquel mismo que debía adquirir ese derecho.

### § 3.º EL PRINCIPIO CLÁSICO DE LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS A FAVOR DE TERCERO Y SU CONTENIDO

El principio de la nulidad de los contratos a favor de tercero se encuentra enunciado y formulado, explícitamente, en una serie de textos, de los que reproducimos aquí algunos solamente:

GAI, II, 103:

*Praeterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur cuius iuri subiecti non sumus.*

fr. 11, Dig. 44, 7.

PAULUS, libro duodecimo ad Sabinum:

*... et ideo neque stipulari neque emere, vendere, contrahere, utu alter suo nomine recte agat, possumus.*

fr. 38, § 17, Dig. 45, 1.

ULPIANUS, libro quadragesimo nono ad Sabinum:

*Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur.* Cfr. § 19, Iust. III, 19.

fr. 73, § 4, Dig. 50, 17.

Q. MUCIUS SCAEVOLA, libro singulari δρων.

*Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest.*

Cost. 19, Cod. 5, 12.

IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMINIANUS AA. E CC. ACHILLI:

*... ex alieno pacto nec prorsus ei competit actio.*

C. 3, Cod. 8, 38 (39).

IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMINIANUS AA. ISIDORO:

*... ita alteri cuius iuri subiectus non est... dare vel restitui... nemo stipulari potest.*

Existen, además, otros textos en los que el principio de nulidad viene a estar aplicado, o cuya existencia es necesaria como presupuesto de una decisión determinada y concreta. Por ejemplo:

fr. 9, § 4, Dig. 12, 1.

ULPIANUS, libro vicesimo sexto ad edictum:

*... id est inutiliter, quoniam alii stipulari non potui?*

fr. 110, pr. Dig. 45, 1.

POMPONIUS, libro quarto ad Q. MUCIUM:

*... ut quod extraneo inutiliter stipulatus sum, non augeat meam partem.*

C. 22, Cod. 8, 83.

IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMINIANUS AA. E CC. DIOMEDI:

*... reditoribus quidem non contra eum ex placito vestro, sed adversus te competit actio.*

C. 3, Cod. 8, 37 (38).

IMPP. ANTONINUS A. ADRIANO:

*... cum nihil sit actum ea verborum conceptione.*

Cost. 26, Cod. 5, 12.

IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMINIANUS AA. E CC. DEMOSTENI:

*... nec sibi cessante voluntate, nec tibi prohibende iure quaerere potuit actionem.* (Consúltese, además, c. 1., Cód. 4, 47; fr. 42, Dig. 4, 8; fr. 1, pr. Dig. 49, 14.)

Comprobada, con toda la evidencia posible, la existencia del principio de la nulidad, debemos preguntarnos cuáles serían sus efectos. ¿Era una nulidad que afectaba al negocio jurídico sólo en ciertos aspectos, o,

más bien, lo atacaba en el mismo centro de su vitalidad, privándole de cualquier clase de efectos? No se crea superflua esta cuestión, ya que en las fuentes encontramos indicios contradictorios, y en la doctrina dudas y vacilaciones. Muchos testimonios, en realidad, parecen referirse sólo al derecho o a la acción del tercero cuando enuncian el principio de la nulidad (así, v. g., GAIO, III, 103; fr. 1, Dig. 44, 7; fr. 38, § 17, Dig. 45, 1; fr. 73, Dig. 50, 17), mientras otros parecen sancionar una nulidad absoluta (*nihil agit, nihil agitur, inutilis, inanis stipulatio est*), o sea tanto entre las partes contratantes como para tercero. Por otra parte, también en la literatura jurídica se encuentran expresiones que reflejan esta incertidumbre, nacida de las fuentes tal como se encuentran en la compilación justiniana. Así, KNAUS (11), escribe que los contratos a favor de tercero deben considerarse como «privados de efecto», pero no como «nulos absolutamente»; con cuya distinción intenta (12), salvar la validez de tales contratos en cuanto a las partes contratantes. PERNICE (13) propone una tesis conciliadora, en cuanto sostiene que esos contratos sólo debían ser considerados nulos entre las partes cuando el estipulante *no había querido* adquirir la acción para sí, mientras que habrían sido válidos siempre entre ellas, en la hipótesis contraria.

Creo que estas dudas se deben a que las fuentes relativas a estos contratos fueron retocadas y refundidas por los compiladores justinianos. En el derecho clásico, su nulidad era concebida como absoluta, invalidando, siempre y sin excepción, cualquier efecto del contrato mismo, ya entre las partes, ya frente a tercero; y la distinción de PERNICE, que vendría a resolverse en una restricción de esta nulidad, no la creemos aceptable. La *stipulatio* no deja acceso a la manifestación simultánea de dos voluntades diversas en una sola declaración: en el derecho clásico, el *stipulari alteri* se presentaba, pues, como excluyente, *per se*, de la

(11) *Die sogenannten Verträge zu Gunsten Dritter*, pág. 8.

(12) En contra, GÖMÖRY, *Der vertrag zu Gunsten Dritter*, pág. 41, nota 2.

(13) PERNICE: *Labeo*, III, I, pág. 193. Will also der Stipulant selbst keine Forderung erwerben, so is freilich das ganze Geschäft hinfällig (vgl. *cost. 6, si quis alteri 4, 50*). Dass die Regel nicht mehr sagen will, ergibt sich aus den daneben angeführten «Ausnahmen». Die Gewaltunterworfenen können sich wirksam für den Gewalthaber versprechen lassen, d. h. dieser kann ohne weiteres klagen (fr. 38, § 17; fr. 126, § 2, de V. O. 45, 1). Also dass der Stipulant in solchen klage, Fällen ist nicht ausgeschlossen.

voluntad de adquirir *sibi* (14) (a). Opinión que si ya parece probable en virtud de la naturaleza formal de la *stipulatio*, y por la dificultad que se hubiera encontrado en la práctica para determinar la existencia positiva de la *voluntas adquirendi sibi* por parte de quien había estipulado *alteri*, se confirma después cuando se piensa en que cuando se llega a restringir los efectos de la nulidad del contrato a favor de tercero, según veremos pronto, se hace en virtud de un criterio muy distinto, esto es, según un *criterio del interés*.

Las mismas fuentes ofrecen elementos suficientes para rechazar la tesis de PERNICE como doctrina clásica. ¿En qué caso realmente, sino en el tratado en el fr. 9, § 4, Dig. 12, 1, podría ser admitida fácilmente la *voluntas adquirendi sibi*, por parte de quien estipulara *alteri*? Pues bien: también en este caso se mantiene firme la absoluta nulidad de la *stipulatio*:

ULPIANUS, libro vicesimo sexto ad edictum:

*Numeravi tibi decem et haec alii stipulatus sum: nulla est stipulatio: an condicere per hanc actionem possim (cuasi duobus contractibus intervenientibus uno qui re factus est, id est numeratione, alio qui verbis. id est inutiliter quoniam alii stipulari non potui?) ea puto posee.* (Cfr. fr. 126, § 2, Dig. 45, I; cost. 3, Cod. 8, 37 (38); cost. 6, Cod. 8, 38 (39).

La fuerza probatoria de este fragmento reside en que, si realmente hubiese sido posible considerar válida la *stipulatio*, en cuanto al estipulante, atendiendo simplemente a su voluntad de adquirir una especie de crédito, no hubiera sido preciso recurrir a la ficción de los dos

---

(14) En este sentido están empleadas las expresiones ... *cum tibi non vis*; ... *nec tibi, cessante voluntate*, que se encuentran en la cost. 6, Cod. 4, 50, y 26, Cod. 5, 12; y no en el sentido de que el estipulante no adquiere acciones por no tener voluntad de adquirirla en el caso concreto. Si esta última interpretación fuese la verdadera, el estipulante *alteri* habría tenido siempre acción en la práctica, puesto que si es difícil demostrar la existencia de una voluntad específica en el estipulante de adquirir *alteri*, más difícil es, por no decir imposible, el demostrar que no había querido adquirir *sibi*.

(a) El autor, al referirse en todo el curso de la obra a las partes contratantes, emplea los términos: *Estipulante* y *Promisario* para una de ellas indistintamente, y *Promitente* para la otra, que es la que se obliga a algo.

No estimando que la palabra *Promisario* sea adecuada al castellano, se empleará siempre la de *Estipulante* para quien establece la obligación, y *Promitente* para quien queda obligado.—(NOTA DEL TRADUCTOR.)

contratos (*quasi duobus... etc.*), con la que se supera la dificultad que, en caso contrario, provendría de la absoluta nulidad de la *stipulatio*.

Existe una confirmación de la nulidad absoluta en el sentido que exponemos, en el

fr. 110, Dig. 45, 1.

POMPONIUS, libro quarto ad Q. MUCIUM :

*Si mihi et Titio, in cuius potestate non sim; stipuler decem, non tota decem, sed sola quinque mihi debebuntur; pars. enim aliena deducitur, ut quod extraneo inutiliter stipulatus sum, non augeat meam partem* (15).

En este fragmento acoge POMPONIO la opinión que ya GAYO (16) atribuía a los Proculeyanos, en la que participaba también JULIANO (17) y que fué acogida definitivamente en las instituciones justinianas (18). Ahora bien, el presupuesto de esta decisión es que en la *stipulatio* no se pueden buscar dos intenciones diversas alternativas; esto es, la una dirigida a hacer adquirir al tercero, y la otra a conseguir que adquiriera el propio estipulante, por más que una tal combinación no sea totalmente inadmisibles para nosotros: la *stipulatio* que es nula para el tercero no puede ser considerada válida para el estipulante. Podemos, pues, terminar reafirmando que la nulidad de la *stipulatio alteri* se entendía, en el derecho clásico, del modo más absoluto.

Mas, el desarrollo continuo del sistema contractual privado hizo que el principio de la nulidad absoluta apareciera demasiado rígido y formal, y debió sentirse la necesidad de suavizarlo. De ahí la necesi-

(15) SALKOWSKI, *Zur Lehre vom Sklavenerwerb*, Leipzig, 1891, pág. 101, nota 8, en donde observa que ya en tiempo de GAYO no debía existir controversias de escuela sobre este punto. En contra de esa opinión, BONFANTE, *Lezioni*, pág. 26, nota 2.

(16) GAYO, III, 103: *Praeterea inutilis est stipulatio si ei dari stipulemur cuius subiecti non sumus; unde illud quaesitum est, si quis sibi et ei cuius iuri subiectus non est, dari stipuletur, in quantum valeat stipulatio. Nostri praeceptores putant in universum valere et proinde ei soli qui stipulatus sit, solidum deberi atque si extranei nomen non adiecisset; sed diversae scholae auctores dimidium ei deberi existimant, pro altera vero parte inutilem esse stipulationem. Cfr. fr. 64, Dig. 18, I.*

(17) Fr. 56, pr. Dig. 45, I. Julianus libro quinquagesimo secundo digestorum: *Eum qui ita stipulatur: «mihi et Titio decem dare spondes» vero similis est semper una decem communiter sibi et Titio stipulari, sicuti qui legat Titio et Sempronio; non aliud intelligitur quam una decem communiter duobus legare.*

(18) § 4, Inst. III, 19 ... *sed placet non plus quam partem dimidiam ei adquiri.*

dad de una revisión de toda la doctrina de los contratos a favor de tercero, iniciada en la época clásica y terminada, en cuanto al Derecho romano, en la justiniana.

Esta revisión tuvo un triple objetivo: justificar, restringir, exceptuar.

*Justificar*, porque cualquier regla jurídica, por fuerte que sea, no logra imponerse durante largo tiempo, por la fuerza sólo de la tradición, sino que necesita tener dentro del sistema un fundamento racional. Y tanto más se debió revelar como necesaria esa justificación en nuestra regla, cuanto que más se debilitaba la idea del significado y de la función original de aquellas dos reglas más antiguas, de las que ésta había tenido origen.

*Restringir*, puesto que si en el antiguo régimen *familiar*, el hijo o el esclavo que contrataba con tercero, o adquiría para el padre o no adquiría en absoluto por estar privado de la capacidad jurídica, no sucedía otro tanto fuera de la familia, en esferas en que el problema no se veía constreñido a tan rigurosa alternativa.

*Exceptuar*, en fin, puesto que ninguna regla jurídica representa un postulado inderogable y absoluto; por el contrario, toda regla sólo define, en general, la función normal de una determinada institución, de donde no sólo es susceptible de excepciones, sino que está integrada y confirmada por ellas.

En cuanto se refiere a la *justificación* de la nulidad, formulada y establecida en la regla *alteri stipulari nemo potest*, fué encontrada por el derecho clásico en que la voluntad individual no puede ser considerada como fuente de derecho, de modo absoluto (como lo pretende el dogma de la voluntad contractual omnipotente), sino sólo dentro de los límites fijados previamente por la ordenación jurídica (de donde el *non potes*, y el *prohibere iure* de la cost. 26, Cod. 5, 12, y de la cost. 6, del Cod. 4, 50). De acuerdo con esta idea se estimó justo y natural admitir que de un contrato no podían nacer *derechos* mas que para aquellos que lo habían puesto en vigor.

fr. II, Dig: 44, 7 (19).

PAULUS, libro duodécimo ad Sabinum:

*Cuaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi*

---

(19) Este fragmento lo quería referir BRINZ, en *Lehrbuch der Pandekten*, volumen 4.º, § 584, nota 1.ª, exclusivamente a la representación; más no parece posible

*ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum afficiunt: et ideo neque stipulari neque emere, vendere, contrahere ut alter (suo nomine) (20) recte agat, possumus.*

En este fragmento se indica claramente el fundamento racional que atribuía el Derecho romano clásico a la prohibición de las estipulaciones a favor de terceros; que, además, está confirmada por la historia del sistema contractual. El Estado realiza ya un esfuerzo considerable cuando se decide a conceder su propia tutela a los contratos puramente privados, ultimados entre dos o más personas sin solemnidad alguna, sin adición de pruebas, sin formalidad alguna que dé un cierto carácter público al acto, y le presta seguridad y fácil reconocimiento. Es natural que esta tutela, que en sí misma supone una concesión, sea restringida lo más posible. Y el límite que puso la doctrina romana fué que el contrato privado produjese sus efectos *sólo entre las partes que lo habían ultimado*, dando, en cierto modo, el bautismo jurídico a un principio de la ética social, no sólo romana y antigua, sino también moderna y universal: el principio de que sólo cada individuo es el verdadero representante de sus propios intereses (21).

La única diferencia que existe entre la sociedad romana y la nues-

---

esa interpretación a causa, precisamente de la estrecha relación, del entrelazamiento y de la confusión que ha existido, en el Derecho romano, entre la teoría de la representación y la de los contratos a favor de terceros.

(20) Estas palabras fueron interpoladas. V. WLASSAK, *Zur Geschichte der Cognitur* (1892), pág. 33, y EISELE, *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte*, 1896, página 84.

(21) Cfr. 83, Dig. 45, l. Los escritores más modernos, bajo la impresión de la doctrina moderna sobre el contrato a favor de tercero, se han esforzado mucho, pero inútilmente, en explicar y justificar el principio romano. Unos ven en éste la expresión de un principio ético nacional romano (UNGER, GÖMÖRY, y, en contra de ellos, eficazmente, LEONHARD, op. cit.); otros, una consecuencia del concepto especial de la obligación romana (KUNTZE); otros, una manifestación del formalismo romano (GAREIS, TARTUFARI); otros, un corolario de un concepto romano elevado de la libertad individual (SCHLOSSMANN); otros, en fin, abandonando el campo de las abstracciones, atribuyen la prohibición de esos contratos a razones de índole práctica, como es la necesidad de procurar la seguridad del comercio (REGELSBERGER), o a razones aun más especiales, como la necesidad de garantía para los acreedores del estipulante (!) (LEONHARD, *Die anfechtbarkeit der Venträge für das Vermögen eines Dritten*, Leipzig, 1892, pág. 37, 38, y SIÖGREN, en *Ueber die röm. Conventionalstrafe*. Berlín, 1896, pág. 52, nota 1.<sup>a</sup>).



tra, entre el sistema jurídico romano y el moderno, en este punto, consiste en que el romano se atuvo al principio expuesto de modo más estricto y riguroso. No puede negarse que esa diferencia quizás haya sido favorecida por el mayor desarrollo de las ideas altruistas producido en nuestra época. Más para dar un juicio comparativo, justo y fundado, entre lo que es actual y lo que es antiguo, es preciso tener en cuenta que el sistema jurídico de una sociedad determinada no puede considerarse aisladamente, sino en relación con todos los demás conjuntos de normas, de orden diverso, que rigen y ordenan la misma sociedad.

#### § 4.º LAS RESTRICCIONES ESTABLECIDAS AL PRINCIPIO DE LA NULIDAD

Para cuanto se refiere a las restricciones o limitaciones que fueron impuestas al principio de la nulidad de los contratos a favor de tercero, conviene tomar como punto de partida la consideración siguiente: así como una *stipulatio* realizada aparentemente en provecho del estipulante puede ser, en sustancia, una *stipulatio* a favor de tercero, así también puede ocurrir que la realizada aparentemente en provecho de tercero sea, en realidad, provechosa para el propio estipulante. De aquí que del mismo modo que la *stipulatio sibi* no resultaba afectada de nulidad por ser, en realidad, *stipulatio alteri*, así parecía natural buscar el modo de salvar de la nulidad aquella *stipulatio* que resultase ser a favor de tercero, sólo *in conceptione verborum*.

La doctrina romanista había creído, hasta el presente, que ya en la época clásica se habría verificado una reforma en este sentido, admitiéndose que la *stipulatio*, nula en cuanto al tercero, fuese válida entre las partes, siempre que el estipulante *tuviese un interés propio* ligado a la ejecución de la prestación estipulada en favor del tercero. Admitido después que el estipulante pudiese hacer pasar como interés suyo legítimo, digno de protección jurídica, el interés genérico de hacer bien al prójimo, se llega también a sostener que toda estipulación en favor de terceros *debía ser siempre considerada válida entre las partes* (22).

---

(22) Esta doctrina se encuentra defendida con gran calor por HEYER, *¿Ist ein Vertrag zum Vorteil eines Dritten ungültig?* (Zeitschrift für Civilrecht und Process,

Pero un examen cuidadoso de las fuentes romanas despierta las más serias dudas sobre lo clásico de esta doctrina, y hace pensar que no hubo en esta materia una reforma súbita y completa, sino más bien una progresiva transformación.

El punto de partida de esta transformación se halla, a nuestro entender, en la decisión de un caso determinado especialmente, contenida en el fr. 38, § 20, Dig. 45, 1.

ULPIANUS, *libro quadragesimo nono ad Sabinum*:

(*Si estipuler alii, cum mea interesset, videamus, an stipulatio committetur, et ait Marcellus stipulationem valere in specie huiusmodi*), (*sc*) *is qui pupilli tutelam administrare coeperat, cessit administratione contutori suo et stipulatus est rem pupilli salvam fore, ait Marcellus posse defendi stipulationem valere: (interest enim stipulatoris fieri quod stipulatus est cum obligatus futurus esset pupillo si aliter res cesserit).*

Puede admitirse, con cierta verosimilitud, que la primera parte del fragmento anterior encerrada entre paréntesis, haya sido interpolada, si se observa que contiene una especie de introducción a la decisión que le sigue, hecha con el fin de relacionar ésta, que tiene todo el aspecto de ser una decisión particular con un principio general (23). Y admitida la interpolación del principio, más aún debe admitirse la del final, también entre paréntesis, en donde el principio general vuelve en forma de justificación.

Sólo quedaría como de la época clásica la cuestión concreta y singular, tal como figura en el fragmento, y la decisión dada por MARCELO sobre la misma. Ahora bien, esta decisión de carácter particular, en lugar de demostrar que ya en la época clásica la *estipulatio alteri* fuese en general reconocida como válida entre las partes, siempre que el esti-

---

hereausgegeben von Linde Marezoll y v. Schröter, vol. III, pág. 1, 47 (1847), que la resume con estas palabras: «ein Vertrag zum Vorteil eines Dritten ist gilgit, da ein Vertrag, welcher bloss den Vorteil eines Dritten zum Gegenstand hat, nicht ohne Affectionsinteresse werden kann!». Apenas es necesario destacar cuántos y cuáles rasgos de esta doctrina perduran en la literatura moderna sobre los contratos a favor de tercero.

(23) Es significativa, en defensa de esta interpolación, la repetición de las palabras *ait Marcellus*.

pulante tuviese un interés propio, lo que prueba es que MARCELO, aun admitiéndola (*posse defendi*), dudaba sobre si era admisible esa validez, incluso en el caso de estar obligado el estipulante respecto al tercero (en virtud de una relación jurídica anterior) a la misma e idéntica prestación establecida ahora en su favor.

Otros dos casos semejantes se hallan en el § 21 del mismo fragmento de ÚLPIANO :

*Si quis insulam faciendam promiserit (aut conduxerit), deinde ab aliquo insulam stipulatori fieri stipulatus sit: aut si quis, cum promississet Titio fundum Maevium datorum (aut, si is non dedisset, poenam se daturum) stipulatus a Maevio fuerit fundum Titio daturi; item si quis id locaverit faciendum quod ipse conduxerit: constat habere eum utilem ex locato actionem.*

También en estos dos casos se admite la validez entre las partes del contrato a favor de tercero, pero sólo en cuanto el estipulante se halle obligado ya a prestar a favor del tercero lo que en el contrato se estipule en su provecho.

En un orden más amplio de ideas se entra, por el contrario, en los §§ 22-23, en los que se admite, en general, que la estipulación a favor de tercero sea válida entre las partes cuando el estipulante tenga un interés cualquiera en que el promitente cumpla la prestación prometida por él al tercero.

*Si quis ergo stipulatus fuerit, cum sua interesset ei dari, in ea erit causa ut valeat stipulatio. Unde et si procuratorio meo daria stipulatus sum, stipulatio vires habebit; et si creditori meo quia interest mea, ne vel poena committatur vel praedia distrahantur quae pignoris data erant.*

Pero, justamente, en estos dos párrafos son evidentes las huellas de las interpolaciones (24), ya que la hipótesis de que la generalización de la decisión particular de MARCELO se deba atribuir a la jurisprudencia clásica, no parece enteramente natural, y merece, al menos, ser discutida seriamente.

---

(24) Cfr. PERNICE, *Labeo*, III, pág. 194, 1.º

Por mi parte, creo probable que haya habido, en esta materia, un lento desenvolvimiento doctrinal, del que han conservado algunos trazos las fuentes que poseemos. El dato clásico más seguro es, después de la decisión de MARCELO, el ofrecido por él:

fr. 118, § 2, Dig. 45, 1.

PAPINIANUS, libro vicentesimo septimo quaestionum.

*Decem mihi aut Titio, utrum ego velim, dare spondes?, ex eo quod mihi dandum est, certi stipulatio est, ex eo quod illi solvendum, incerti: (finge mea interesse Titio potius quam mihi solvi, quoniam poenam promiseram, si Titio solutum non fuisset) (25).*

Esta decisión de PAPINIANO no se refería directamente al tema de los contratos a favor de terceros, ya que en ella el tercero está considerado sólo como *adiectus solutionis causa* (de ahí la distinción entre el *quod mihi dandum est*, y el *quod illi solvendum*); pero no parece aventurado el suponer que esa decisión haya ejercido una influencia considerable, en cuanto que ofreció un engranaje más para el desarrollo de la teoría del interés, en los contratos a favor de terceros, en el derecho postclásico. Por esa doctrina, en reladad, la *stipulatio* de un *certum* a favor de tercero que, en cuanto tal, debía ser tenida por absolutamente nula, pudo ser considerada válida, como una *stipulatio incerti*.

Ese mismo desenvolvimiento lo vemos completo en:

C. 3, § 1, Cód. 8, 38 (39).

IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ISIDORO:

*Ut inter absentes verborum obligatio contrahi non potest, ita alteri, cuius iuri subiectus non est, aliquid dari vel restitui (nisi sua intersit).*

---

(25) Está confirmado lo dicho por la prueba que las Instituciones proporcionan en relación con el Digesto. Si realmente la doctrina corriente sobre la teoría del interés hubiese sido clásica, no se comprendería el porqué GAYO y los otros institucionistas no la formularon en sus libros de Instituciones. Cfr. § 19, Inst. III, 19, con el fr. 38, § 17 y siguientes del Digesto, 45, 1.º Cfr. también la C. 3, del Cód. VIII, 54. Es poco verosímil que los compiladores interpolasen el fr. 38, § 17, citado, para ayudar al ornato de las Instituciones, como se inclina a creer PERNICE en el lugar citado.

*nemo stipulari potest. § 1. Cum igitur, defuncta in matrimonio filia tua, superstitis filii nomine partem dimidiam dotis a marito detineri, alteram vero partem nepoti tuo vel, si in rebus humanis non esset, Iuliano restitui per pactum convenisse proponas, praeventoque morte nepote etiam stipulationem ad Iulianum factam ob absentiam eius non valuisse significes, ac propterea ex persona ac stipulatione tua, qua restitui cuncta iuxta pactorum tenorem provideras, reddi ibi desideres: super stipulatu tuo ad presidem provinciae, ut examinatis partium allegationibus, quantum constituerit interesse tua, iuxta placiti fidem dotis portionem Iuliano restitutam fuisse, ob incertae actionis affectum concludat condemnationem taxatae quantitatis (a. 290) (26).*

Sin embargo, precisamente en esta Constitución hay una evidente superposición de elementos no clásicos a los de una decisión que lo es en su origen. Sobre todo está patente en el *nisi sua intersit*, que tiene todo el aspecto de una interpolación; y se confirma más en la segunda parte de la Constitución, cuando se la compara con los textos transcritos y comentados antes. Es lícito suponer, por tanto, que haya sido retocada, aunque no se pueda decir, con seguridad, que ello fuera obra de los compiladores justinianos (27). Y cuando se recapacita en que muchas de las Constituciones, llegadas hasta nosotros en el Código de Justiniano, habían sido modificadas, refundidas e interpoladas ya un siglo antes por los comisarios de TEODOSIO, es lógico creer que fuese obra de tales comisarios el retoque de la Constitución examinada. Contribuye también a dar cierto carácter de probabilidad a esta hipótesis la circunstancia de que mientras en el c. 3, del Cód. 8, 38 (39), vemos admitida sin limitación, y fundada en un interés cualquiera, la validez entre las partes de una estipulación a favor de tercero, en el Digesto, y, precisamente, en un fragmento que, como fundamental en

---

(26) Es inexacta la interpretación que de esta Constitución dió UNGER en su obra: *Die Verträge zu Gunsten Dritten*, pág. 17.

(27) Compárese el pr. de la Constitución con el § 1.º, y especialmente con las palabras: *praeventoque morte nepote etiam stipulationem ad Iulianum factam ob absentiam eius non valuisse significes*. Compárese también la Constitución 22, del Cód. 7, 53, que presenta idéntica singularidad.

la materia, fué luego incluido en las Instituciones, encontramos una cierta tendencia a frenarla. El fragmento aludido es este :

fr. 38, § 17, Dig. 45, 1.º

ULPIANUS, libro *quadragésimo nono ad SABINUM*.

*Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest; ceterum ut alii detur nihil interest mea, plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei cuius nihil interest; poenam enim cum stipulatur quis, nin illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis* (28).

Ya SCHLOSSMANN (29) había señalado la extrañeza de la justificación que se daba en este fragmento, pero sin que le sugiriera dudas sobre su pureza. En cambio, PERNICE (30) recoge varios argumentos que, en su opinión, atestiguan que toda la justificación de la vieja regla *alteri stipulari nemo potest* es justiniana. En primer lugar, señala cómo esta regla es del número de aquéllas de que se sirven los juristas para resolver las dificultades, pero de las que no dan explicación alguna; destaca después toda la torpeza de la misma explicación; la impropiedad con que están usadas las palabras *inventae sunt enim huiusmodi obligationes* para indicar solamente la estipulación a que las mismas se refieren; el súbito paso del empleo de la tercera persona a la primera en las palabras *ceterum ut alii detur nihil interest mea*, que, además, contienen una equivocada afirmación, como demuestran los párrafos siguientes del mismo fragmento, y, por fin, el empleo forzado de las palabras *ceterum si velim hoc facere*, que obligan al lector a excluir de la frase *alteri stipulari nemo potest*, el *alteri stipulari*, de modo análogo al fr. 24, del Dig. 4, 4, que está interpolado ciertamente. (Cfr. fr. 2, Dig. 20, 6, 1.)

Estos argumentos de PERNICE nos parecen suficientes para demos-

(28) Cfr. § 19, III, 19.

(29) En *Besitzerwerb*, pág. 57, nota 1.ª; y KALB, *Roms Juristen*, pág. 8, observa que la palabra *huiusmodi* fué usada con bastante frecuencia por JUSTINIANO, y de ahí deduce la sospecha que fuera interpolada en el texto clásico.

(30) En *Labeo*, III, pág. 189, 1.º

trar que el fragmento transcrito, tal como se halla en el Digesto, no es de factura clásica, sino justiniana (31); pero si tienen fuerza para demostrar la interpolación, no podemos, en cambio, aceptar la interpretación que da a esa interpolación (32). Nos parece más natural admitir que la interpolación tuviese su origen en escrúpulos nacidos en el ánimo de los compiladores sobre la amplitud con que, en la práctica, venía siendo reconocida la validez de la *stipulatio alteri* entre las partes en atención a un interés cualquiera, y que el objetivo buscado con ella fuese el poner un dique a esa práctica, al negar que el interés del estipulante pueda presumirse (piénsese en ciertas exageraciones de la teoría moderna), y que pueda aceptarse un interés cualquiera como fundamento válido de la validez de la *stipulatio*, y, sobre todo, proponer un procedimiento: la *stipulatio poenae*, con el cual habría sido posible evitar en la práctica la dificultad, a menudo invencible, que presenta la estimación de un interés vago y genérico, por otra parte ni exacta ni fácilmente valuable.

Si reunimos el conjunto de observaciones acabadas de exponer, e intentamos resumir los resultados que con ellas pretendimos destacar, podremos confirmarnos en la hipótesis adelantada al principio; si bien es justo reconocer que la escasez de fuentes y los retoques que han sufrido aconsejan la máxima prudencia y cautela. En el derecho clásico, la *stipulatio alteri* se encuentra reconocida como válida para el estipulante sólo en una serie de casos particulares en los que existía una *compenetración de intereses*; esto es, casos en los que el estipulante se hacía prometer por la otra parte una prestación en favor del tercero, que él mismo estaba obligado antes a efectuar en favor del propio tercero (33). En la época postclásica se siguió por este camino hasta lle-

---

(31) En opinión contraria, BONFANTE, en sus *Lecciones*, págs. 28-29.

(32) PERNICE, en la obra citada, pág. 190, expone así su idea: «is ist die Abneigung gegen die abstrakte Stipulation, die sich durch das iustinianische Recht hindurchzieht. Si hat die c. 13 de n. n. p. hervorgerufen und das misratene fr. 25 de prob. zu Stande gebracht. So wird der Richter auch hier in lehrhaftem Tone auf die Prüfung der materiellen Grundlagen der Stipulation hingewiesen, und der Parteien wird das Strafgeding angerathen, weil dabei der Inhalt der eigentlichen Obligation selbsterständlich zur Erörterung kommt.»

(33) La dificultad de este reconocimiento no consistía ya en admitir la validez de una *stipulatio* en la que el estipulante tuviera un interés pecuniario (ya que nadie habría podido pretender, en cualquier circunstancia, algo más que ese interés

gar, quizás por obra de los compiladores teodosianos, a reconocer como válida entre las partes toda *stipulatio alteri* en la que hubiese un *interés cualquiera* para el estipulante (Const. 3, del Cód. 8, 38 (39)). No se rechaza el que, por causa de estas innovaciones, ya en la época antejustiniana sufriesen los textos clásicos alguna modificación; pero de esto no queda rastro alguno seguro, y estamos obligados a atribuir a los compiladores justinianos, salvo prueba en contrario, todas las interpolaciones que, refiriéndose al *interés*, podamos descubrir o suponer en el Digesto.

No debía parecer aceptable, sin embargo, a los compiladores la doctrina que admitía la validez entre las partes de todo contrato estipulado a favor de tercero, fundada en un interés cualquiera del estipulante. En el Digesto encontramos, en efecto, y precisamente en el fr. 38, § 17, que antes transcribimos, una interpolación bastante significativa, con la que, para evitar controversias y dudas, se aconseja el expediente de la *stipulatio poenae*. Es indudable que este expediente se usaba ya en la práctica antejustiniana; pero nos parece igualmente verosímil admitir que su estrecho nexo con la teoría de los contratos a favor de tercero fué debido a los compiladores justinianos, y que a ellos mismos se deban también las notas que sobre ello se encuentran en los textos clásicos (34).

### § 5.º LAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LA NULIDAD

En el párrafo anterior hemos visto las restricciones o limitaciones que se fueron haciendo al principio de la nulidad absoluta de los contratos a favor de tercero en la evolución del Derecho romano. En re-

---

pecuario, para la validez de la *stipulatio*), sino en admitir la validez de una *stipulatio* a favor de tercero. Así se explica el reacio *posse defendi* de la decisión de Marcelo. De esto se sigue, además, que la teoría del *interés* en los contratos a favor de tercero, debió tener un desarrollo propio. En contra está ZIMMERMANN, *Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum gestio*. Strasburgo, 1876, pág. 51 y sig. Véase también PERNICE, en *Labeo*, III, I, pág. 193 y sig.

(34) Fr. 118, § 2, Dig. 45, 1; fr. 38, § 18 y sigs.; 21, Inst. III, 19; fr. 38, § 2, Dig. 45, 1; fr. 95; fr. 97, § 1, Dig. 45, 1. Cfr. también, fr. 38, 2, Dig. 45, 2, § 19, Inst. III 19. Sobre la pena convencional, véase PERGAMENT, *Conventionalstrafe und Interesse in ihrem Verhältniss zu einander*. Berlín, 1896.



sumen, quedan reducidas a reconocer la validez del contrato a favor de tercero *entre las partes contratantes*, en unos casos determinados.

Debemos ahora averiguar cuáles y cuántas fueron las excepciones hechas al principio según el cual el tercero no puede adquirir un derecho *suyo propio* como consecuencia del contrato realizado en su favor.

Esta búsqueda es bastante delicada ya que, por ignorar los juristas romanos la distinción neta que se suele hacer en la doctrina moderna entre la figura del contrato a favor de terceros y la de la representación directa, y por desconocer, además, la teoría o esquema del contrato a favor de terceros, tal como se halla formulada hoy en los manuales de Derecho civil y en la literatura monográfica, no se puede deducir fácilmente de sus decisiones, en virtud de qué consideraciones se decidieron a atribuir a una persona determinada un derecho nacido de contrato, o de acto, al que hubiera permanecido extraña, o con ocasión o por consecuencia del mismo. Los juristas, o los Emperadores, decidían los casos prácticos que se les sometían, en armonía o en oposición con el derecho vigente, impulsados más por las exigencias de la práctica que por el deseo de crear nuevas figuras jurídicas, o de introducir modificaciones en el sistema. Debemos, por tanto, intentar extraer de sus decisiones el espíritu o la tendencia a que debieron su origen, teniendo presente que, a menudo, la obra de los juristas era, inconscientemente, innovadora; pero al hacerlo así procederemos con toda cautela, y nos guardaremos especialmente de trasfundir en los textos romanos ideas y teorías modernas que, aun cuando compatibles con las decisiones de los textos, no fueron tenidas en cuenta por los juristas, por otras consideraciones.

En doble sentido se puede hablar de excepciones al principio romano de la nulidad: bien en relación con el concepto de contrato a favor de tercero que hemos determinado al principio lógicamente, o, por el contrario, prescindiendo de él. En este último aspecto podremos considerar como excepciones al principio de nulidad de los contratos en estudio todos aquellos casos en los que una persona que ha permanecido extraña a la terminación del contrato adquiere cualquier derecho, de cualquier modo, como consecuencia, por dependencia o por relación al mismo contrato.

Si, por el contrario, queremos llegar a determinar las excepciones al principio de la nulidad en relación con el concepto técnico del con-

trato a favor de tercero, sólo deberemos reconocer como auténticas excepciones aquellos casos en que se den todas las características de una excepción. Señalar desde este punto de vista las excepciones que vamos a examinar equivale, por tanto, a determinar en cuáles y en cuántos casos haya reconocido el Derecho romano, excepcionalmente, esa validez del contrato a favor de tercero que la doctrina moderna tiende a reconocer como principio general; esto es: en qué casos haya reconocido el Derecho romano esa validez al reconocer que las partes contratantes pueden, *cuando quieren*, atribuir derechos también a terceros, extraños a la celebración de su contrato.

Nadie podrá negar que sólo desde este punto de vista puede ser concluyente y útil nuestro estudio. Lo cierto es que sólo en este aspecto tendrá valor para el Derecho moderno. Pero como en la misma doctrina moderna sobre estos contratos no hay acuerdo general sobre su concepto jurídico, sino, al contrario, existen teorías y construcciones de contenido y caracteres diversos, podría parecer necesario, con criterio riguroso, el comparar cada una de las supuestas excepciones romanas con cada una de estas teorías. Tal trabajo no sólo sería excesivamente minucioso, e infecundo en resultados, sino que también sería, hasta cierto punto, contradictorio. Mejor será, por tanto, tener como punto de partida, y más adelante como punto de comparación, aquél concepto y aquella construcción jurídica del contrato a favor de terceros que hemos formulado al principio en la introducción de este estudio, y que se encuentra sancionado en las más recientes codificaciones modernas. De acuerdo con esto, excluirémos del número de las verdaderas excepciones al principio de la nulidad, todos aquellos casos en los cuales, aun habiendo un tercero que adquiriera un cierto derecho, no pueda decirse en realidad: 1.º, que el tercero ha permanecido realmente extraño en la ultimación del contrato; 2.º, que haya adquirido en virtud del contrato, por haberlo querido así la voluntad de las partes contratantes, o 3.º, que quede excluída toda relación de representación entre el estipulante y el tercero.

§ 6.º DEL CONTRATO POR EL CUAL EL VENDEDOR DE UN FUNDO, DADO ANTERIORMENTE EN ARRIENDO, ESTIPULA EL RESPETO DE ÉSTE EN FAVOR DEL ARRENDATARIO

Es principio conocido del Derecho romano que el comprador de un fundo o de una casa dada anteriormente en arriendo no está obligado a respetar éste. El derecho de propiedad que adquiere al recibir el fundo rústico o urbano comprado le atribuye la facultad de echar del mismo al colono o inquilino (35). Principio que enuncia así el Derecho alemán: «Kauf bricht Mieth» (La compra rompe el arriendo) (36).

Pero ¿qué sucederá si el comprador ha prometido al vendedor, en un pacto adjunto, respetar el arriendo? A este propósito se invoca el fr. 25, § 1, Dig. XIX, 2.

GAYO, libro decimo ad edictum.

*Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto* (37).

Este fragmento ha sido entendido de dos modos distintos.

Unos ven en él un pacto entre vendedor y comprador, con validez sólo entre ellos; el arrendatario, tercero en el contrato, no adquiriría, basado en este pacto, derecho alguno frente al comprador, pero en algún modo tendría garantizado, de hecho, el continuar en el arriendo, ya que si el comprador quisiera privarle del mismo estaría obligado, *ex conducto*, frente al vendedor (38).

Otros, por el contrario, sostienen que se trata de un pacto entre ven-

(35) Cfr. fr. 12, y 18, Dig. 43, 16, y fr. 20, Dig. 41, 2.

(36) Sobre esta regla, véase T. HESSE, *Die rechtliche Natur der Mieth*. (Studien zu Erläuterung des Bürg. Rechts. Fasc. 8). Breslau, 1902.

(37) Cfr. fr. 32, Dig. 19, 2, y fr. 59, § 1, Dig. 7, 1, y fr. 120, § 2, Dig. 30.

(38) Véase VANGEROW (6.ª edit.), pág. 446, y WINDSCHEILD, *Pand.* II, § 400, nota.

dedor y comprador, que también es válido en favor del arrendatario (tercero), lo cual supondría una verdadera excepción al principio de la nulidad (39).

Ninguna de ambas interpretaciones me parece satisfactoria. La primera, porque GAYO piensa evidentemente en una medida previsor, por cuya causa pueda el arrendatario permanecer *de jure* en el goce del fundo. Tampoco la segunda, porque no parece posible, sin más ni más, interpretar las palabras *curare debet* y siguientes, en sentido de ser un pacto válido en favor de tercero. En nuestra opinión debe centrarse toda la atención en las palabras *curare debet*, que aluden a un remedio al que debía recurrir el vendedor para impedir los dañosos efectos del principio en virtud del cual la venta rompe el arriendo. Pero no puede concederse que este recurso a que se refería GAYO pudiese consistir solamente en un pacto válido a favor de tercero. En tiempos de GAYO, se mantenía en toda su integridad el principio de la nulidad de tales pactos; cualquier excepción del mismo debería haber estado señalada expresamente. Por otra parte, si el medio de resolver esa dificultad hubiese sido realmente el pactar en favor del arrendatario la continuación del arriendo, no se comprendería por qué se sirvió GAYO de la frase genérica *curare debet ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitarse liceat*. ¿No hubiera sido más sencillo decir, sin más ni más, que para conseguir aquel efecto era preciso pactar que el arriendo perdurara a favor del colono o del inquilino?

Es probable, pues, que la frase trascrita se refiera a un medio o procedimiento diverso y más complicado, al que debía acogerse el vendedor, y que no es difícil imaginar cuál fuese. En efecto: si se excluye que se trate tanto de la estipulación de un pacto a favor de tercero como de uno con validez solamente entre las partes compradora y vendedora, aun cuando a favor de tercero, no queda sino pensar en un pacto celebrado entre el comprador y el colono o inquilino. Y puede admitirse que a ese pacto se refiriese GAYO con verosimilitud. Además, no sólo estaría de acuerdo con el uso frecuente en la práctica romana

---

(39) De modo especial UNGER, en la obra citada, pág. 21, nota, 25. Cfr. también GAREIS, obra citada, y TARTUFARI, op. cit.

de un procedimiento parecido (40), sino que podría haber sido empleado fácilmente en la mayoría de los casos, y hubiera logrado perfectamente cortar por lo sano con todas las dificultades nacidas tanto del principio de la nulidad de los contratos a favor de tercero, como de aquel de que la venta rompe el arriendo.

Sin embargo, esta interpretación del fr. 25, § 1, del Digesto, 19, 2, parece ofrecer alguna dificultad cuando se compara éste con la

Cons. 9, Cod. IV, 65.

IMP. ALEXANDER A. AURELIO FUSCO militi.

*Emptori quidem fundi necesse non est sinere colonum cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit. verum si probetur aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto, bonae fidei iudicio ei quod placuit parere cogitur (a. 234).*

Pero si bien se mira, desaparece la dificultad si se admite, como lo hacemos nosotros, que la validez de las *leges mancipii* estaba limitada en la época clásica a serlo entre las partes (*nec legem dicendo alteri cavere potest*). (Véase más arriba, pág. 9.)

Y en cuanto se refiere al posible pacto que se menciona en la segunda parte del texto, nada se opone a admitir que se trate de un pacto entre el colono y el comprador promovido por el vendedor, de donde resulta que se estaría en este supuesto, como en el caso del fr. 25, § 1, del Dig. 19, 2, antes transcrito, frente a una combinación jurídica que nada tiene que ver con los verdaderos contratos en favor de tercero, y que, por tanto, no implicaría ninguna excepción al principio de la nulidad de tales contratos en el Derecho clásico (41), ni tampoco

---

(40) Cfr., por ejemplo, Cons. 6, del Cód. VIII, 38 (39).

IMP. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et CC. SEPTIMIO et EUSTOLIO.

*Si avia vestra sibi et Eustolio, quam mutuam dederat pecuniam, dari fuit stipulata, nihil ei cuius subiecta iuri non fuerat, quaerere potuit. Sane si ipse quod ei solvi placuerat in stipulatione pro nomine deduxit, obligationem etiam in eius personam constituisse non ambigitur.* Véase UGER, op. cit. págs. 25-26. Está fuera de toda duda que el Derecho romano clásico no era opuesto en modo alguno a esta clase de soluciones; cfr. fr. 29, § 2, Dig. 23, 4; c. 19; Cód. IV, 12. Véase en otro orden de ideas, el *subiicere debet aliquem qui a te petat*, del fr. 18 (19), Dig. 3, 5.

(41) En las ediciones primera y segunda de esta obra, en las páginas 27 y siguientes, fué expuesta la Constitución de Alejandro aquí comentada de diverso modo al actual, que sirve de rectificación de aquélla.

en el Derecho justinianeo. Todo lo más que puede deducirse de los dos textos comentados es que también existía en el Derecho romano una tendencia a tutelar el derecho del arrendatario en caso de venta del fundo arrendado. De esta tendencia no resulta que por ella se llegara a reconocer como válido respecto al arrendatario (tercero en los mismos), el pacto de respetar el arriendo, unido al de venta (42).

§ 7.º DEL CASO EN QUE UNO SE COMPROMETE A LLEVAR UNA COSA  
A UN TERCERO

Titio ha aceptado el encargo de llevar a Sempronio un objeto o una suma de dinero que le ha sido entregada por Cayo con este fin. ¿Se le atribuye por eso a Sempronio una acción para hacerse entregar la cosa o dinero de que se trate? Y en caso afirmativo, ¿puede por eso sólo decirse que se reconozca la validez de un contrato a favor de tercero?

De este caso concreto se ocupa el fr. 5, § 4, Dig. 3, 5.

ULPIANUS, *libro decimo ad Edictum*.

*Si quis pecuniam vel aliam quandam rem ad me preferendam acceperit: quia meum negotium gessit negotiorum gestorum mihi actio adversus eum competit.*

Este fragmento responde de modo afirmativo a la pregunta primera arriba formulada: Sempronio tendrá acción contra Titio. A la segunda, en cambio, si no expresamente, sí de un modo inequívoco, responde negativamente: Sempronio tendrá una acción, pero no basada

---

(42) La tendencia a estabilizar y asegurar el derecho del arrendatario frente a los eventuales derechos del adquirente se hizo sentir con fuerza en el derecho común en el régimen Estatutario de las ciudades italianas. (Cfr. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, vol. IV, pág. 628 y sigs.), y en los derechos particulares germánicos. La forma más extrema adoptada por esta tendencia consistió en la transformación del derecho del arrendatario, de derecho personal que era en el Derecho romano, en derecho real. Así la vemos realizada en el Allg. P. L. R. 1, 21, § 2. Los otros sistemas intermedios consisten en mantener la naturaleza de derecho personal al del arrendatario, pero concediéndole términos legales fijos, o bien transfiriendo al adquirente la obligación que tenía el vendedor para con el arrendatario. Cfr. HESSE, ob. cit., página 22 y sigs., y los §§ 571 y 577 del nuevo Cód. civil germánico.

en el contrato realizado entre Titio y Cayo, sino más bien en el acto de Titio, al que se atribuye el carácter de una gestión de negocios ajenos. La *acción* que se concede a Sempronio es la *actio negotiorum gestorum (directa)*. De donde debemos concluir rechazando la posibilidad de que el jurista romano tuviese intención de introducir, con su decisión, una excepción al principio de nulidad de los contratos a favor de tercero (43). Más bien debemos conceder que, para este caso, forzó la aplicación de la mencionada *acción* (44). En efecto: o bien la cosa que debía entregarse a quien se le concede la acción no le pertenecía, en cuyo caso debe reconocerse que falta el substracto objetivo de la *gestión* (el llamado *negotium ipsa re alienum*), y, por tanto, sería más natural que se tratase de un *negotium* subjetivamente *alienum*, al no resultar que el gestor se hiciera consignar la cosa en nombre del *dominus*; o, por el contrario, la cosa pertenecía realmente a quien se concede la acción, y también en este caso se debe rechazar que la *actio negotiorum gestorum (directa)* se pudiera ejercer contra el portador de la cosa, contra quien, sin embargo, está concedida en el caso concreto, ya que la iniciación de la gestión se debe al remitente que había consignado la cosa y no al portador que la recibió con el encargo de llevarla al destinatario. Lo que a este propósito afirma WINDSCHEID, de que la jurisprudencia romana se habría valido del punto de vista de la gestión para admitir la validez del contrato a favor de tercero, está fundado en un equívoco. Que en el caso concreto de que se trata en el fragmento hubiese elementos más que suficientes para admitir, si se hubiera querido, la validez de un contrato a favor de tercero, es algo indudable, y basta, para persuadirse de ello, el pensar en la teoría moderna del contrato de transporte. Que resolviendo el caso en la forma que lo hace el jurista, se satisfacía una necesidad que podía ser satisfecha igualmente con el reconocimiento de la validez del contrato a favor de tercero (el destinatario), es igualmente claro y evidente. Pero lo que no puede admitirse es que ÚLPIANO quisiera reconocer en este caso la validez del contrato de transporte *en favor del destinatario*. Justamente observa EISELE que el hecho de *valerse la jurisprudencia clá-*

---

(43) V. PACCHIONI, *Trattato della gestione degli affari altrui*. Lanciano, 1893, página, 392, nota 418. COGLIOLO, *Trattato dell'amministrazione degli affari altrui*, II, pág. 14, Florencia.

(44) WINDSCHEID, *Pandc.*, 316, nota 7 a.

*sica del punto de vista de la gestión de necios para resolver la dificultad del caso propuesto en el frg. 5, § 4, citado, demuestra que no llegaba a reconocer, ni siquiera en vía de excepción, la validez del contrato a favor de tercero (45).*

§ 8.º DEL PACTO DE «NON PETENDO» Y DE LA «POSTULATIO IN BONA SE MITTI»

La razón por la cual ninguno de los dos casos precedentes pueden ser reconocidos como verdaderas y propias excepciones al principio clásico de la nulidad de contratos a favor de tercero reside en esto: que en ellos, aunque el tercero adquiriera una acción, no la adquiere a consecuencia de un contrato al que haya sido extraño, o que por haber permanecido extraño al contrato, no adquiere la acción como consecuencia del mismo.

Por este último motivo quedan excluidos del número de los textos que contienen excepciones al principio clásico de la nulidad, todos aquellos que tratan de los efectos del *pactum de non petendo*, y de la *postulatio in bona se mitti*, como ya se había observado, acertadamente, por otros autores.

La *postulatio in bona se mitti* daba lugar, por concesión del Pretor, a una *permissio* cuyos efectos no quedaban restringidos solamente al peticionario, sino que se extendían a favor de todos los acreedores (46).

---

(45) En *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte*, pág. 86. De opinión contraria a WINDSCHEID, y con anterioridad al propio EISELE, véase UNGER, ob. cit., pág. 46, nota 55, y WENDT, *Lehrbuch der Pandekten*, pág. 503: *nicht die Contractsklage wird hier dem Adressaten utiliter zugeschrieben sondern die Umstände der Fälle begründen eine vom Contract unabhängige und selbständige zweite Obligation, so dass die Kategorie Verträge zu Gunsten Dritter gar nicht dabei in Betracht Kommt*. Debe destacarse el hecho de no ser acogido y llevado a todas sus consecuencias en el derecho clásico y justinianeo el punto de vista de la *gestión*, del que se sirvió ULPIANO en el frg. 5, § 4, Dig. 3, 5. Una prueba de esta afirmación se tiene en la Const. 8.ª, Cod. III, 42, de la que se trata en otra parte. Y de todo esto resulta que también se equivoca GAREIS, ob. cit. cuando equipara el caso del frg. 5, § 4, Dig. 3, 5, con el caso de la Const. 8, del Cód. III, 42.

(46) V. HUNGER, ob. cit., pág. 17, que todavía se fatiga, equivocadamente, en establecer una relación entre la adquisición por el tercero y la *postulatio* y la *immissio*.



Esta *permissio* producía efectos *in rem*. Y siempre creyeron los mismos juristas romanos que no existía el menor conflicto entre este principio y la regla antigua: *alteri cavere nemo potest* (47). Por de pronto, la *permissio* no se hallaba en tal relación con la *postulatio* que permitiera considerarla como constituyendo con ella una modalidad de negocio jurídico único. Además, el efecto que se producía en favor de los acreedores que no habían presentado la instancia (*postulatio*) no dependía de la voluntad que pudiera tener el solicitante de obtener la *missio in possessionem*, incluso en favor de los otros acreedores. Nos encontramos, por tanto, frente a un auténtico principio de Derecho objetivo, que regula los efectos de la *missio in possessionem* de un modo concreto, con el fin de evitar los inconvenientes prácticos que podrían derivarse de la normal universalidad del procedimiento ejecutivo clásico (48).

Análogas observaciones pueden hacerse respecto al *pactum de non petendo*. El derecho que el tercero tiene para hacer valer la *exceptio* nacida del pacto al que ha sido extraño, no nace tampoco en este caso de la voluntad de los dos contratantes. Esta voluntad podrá excluir, pero no crear, el derecho del tercero. Cuando este surge, tiene su base en el interés de aquel que ha realizado el pacto. UNGER dice con sutileza: «El tercero adquiere el derecho, *no para su provecho, sino para el mío*: el egoísmo asume en este caso la máscara de la benevolencia: *el derecho del tercero es —empleando una expresión de IHERING— un reflejo de mi derecho, de mi interés*» (49). En esta frase hay bastante de verdad; pero el principio que se trasluce en las decisiones que se citan en nota (50) aparece con mayor claridad cuando se le pone en

---

(47) Véase el frg. 12, Dig. 42, 5. PAULUS, libro quincuagesimo nono ad Edictum: *Cum unus ex creditoribus postulat in bona debitoris se mitti, quaeritur utrum solus is qui peti possidere potest, an, cum unus petit et praetor permisit, omnibus creditoribus aditus sit, et commodius dicitur cum praetor permiserit, non tam personae solius petentis, quam creditoribus et in rem permissum videri: quod et Labeo putat, nec videbitur libera persona acquirere alii, quia nec sibi quidquam acquirit, cui praetor permittit, sed aliquid ex ordine facit.*

(48) A este propósito, véase nuestro *Contributo Critico*. («Bullettino dell'istituto di diritto romano», IX, fasc. 1-2, págs. 72-73).

(49) V. UNGER, ob: cit., pág. 18.

(50) Fr. 17, § 4, Dig. 2, 14, fr. 21, § 5, Cód.; fr. 22, 23, 24, 25, 27, 32 y 62 del

relación con la estructura y la función del *pactum de non petendo*. En una serie considerable de casos podría este pacto fallar en el cumplimiento de su fin, si no se le atribuyeran los efectos que le atribuyó el Derecho romano. Teniendo esto en cuenta, se hace patente el profundo significado de estas palabras: *ego didici prodesse fideiussori exceptionem, non sic enim illi per liberam personam acquiri quam ipsi qui pactus sit consuli; quo iure utimur* (frg. 27, § 1, Dig. 2, 14).

§ 9.º DE LA ESTIPULACIÓN POR LA QUE QUIEN CONSTITUÍA LA DOTE SE HACÍA PROMETER SU RESTITUCIÓN A FAVOR DE TERCERO

Un negocio jurídico que en la vida romana daba lugar a estipulaciones a favor de tercero era la constitución de dote. Sucedió a veces que quien la constituía tenía en cuenta la posibilidad de disolución del matrimonio, y estipulaba, para ese caso, la restitución de la dote a favor de tercera persona. En esta hipótesis, según el concorde testimonio de numerosos textos, se mantenía firme y rígido el principio de la nulidad de la *stipulatio alteri*: el tercero no adquiriría ninguna acción.

Así, por ejemplo, en el fr. 26, § 4 del Dig. 23, 4, en que se trata de un pacto realizado por la mujer en el acto de constitución de la dote, mediante el cual quería asegurar, en caso de premoriencia suya *sine liberis*, la restitución de la dote a su propia madre, decide PAPINIANO: *pacto filiae nulla matri quaeritur actio: si tamen heres puellae matri pecuniam dotis solverit, viro contra placita petenti dotem, obstabit exceptio*.

Un caso concreto análogo se halla en la Cont. 19 del Cód. V, 12, y se resuelve idénticamente: *Ex alieno pacto nec prorsus ei nulla competit actio*. Y, en fin, en la Const. 26 del Cód. V, 12, no sólo se aplica el mismo principio, sino que se justifica expresamente: *nec tibi, pro-*

---

Cód.; fr. 9, § 1, Dig. 45, 2. Sobre este último, véase UNGER, ob. cit., págs. 18-21. Pensamos también que éste sea el punto de vista desde el cual haya de justificarse la validez del pacto de *non petendo* en favor de uno solo de los propios herederos de que trata el frg. 33, del Dig. 2, 14. Sobre esta cuestión de los pactos a favor de los terceros, véase KRÜGER, *Beiträge zur Lehre von der exceptio doli*, §§ 19-20, Halle, 1892. Cfr. también PFEIFER, ob. cit., pág. 447; VANGERŌW, *Pandekten*, III, página 298, arg., fr. 23 del Dig., 21, 4.

*hibente iure, quaerere potuit actionem.* No quedaba otro medio seguro de garantizar la devolución de la dote a favor de una tercera persona que hacerla intervenir en la constitución de la misma, en cuyo momento estipulará el marido la devolución a ella en caso de producirse el acontecimiento señalado.

A este procedimiento se refieren, en efecto, varios textos romanos (51-52).

De este principio, tan clara y rígidamente sostenido, se apartan, sin embargo, dos textos, en los que la opinión casi unánime de los autores encuentra sancionada una de las más importantes excepciones al principio de la nulidad de los contratos a favor de tercero.

El primero de estos textos, con su decisión, se halla en el:

Fr. 45, del Digesto, 24, 3.

PAULUS, libro sexto quaestionum.

*Gayus Seius avus maternus Seie nepti, quae erat in patris potestate, certam pecuniae quantitatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit et instrumento dotali huiusmodi pactum et stipulationem complexus est: "si inter Lucium Titium maritum et Seiam divortium sine culpa mulieris factum esset, dos omnis Seiae uxori vel Gaio Seio avo materno redderetur restituereturque", quaero, cum Seius avus Maternus statim vita defunctus sit*

(51-52) V. frg. 29, § 2, del Digesto, 23, 4.

SCAEVOLA, libro segundo responsorum.

*Mulier de dote quam dedit pacta est, ut in matrimonio decessisset, fratri eius redderetur, isque in eum casum stipulatus est: mulier decedens quasdam res dotales marito legavit et aliis, quosdam ex servis dotalibus manumisit quaesitum est, an maritus earum nomine, quas legavit mulier, et servorum quos manumisit, fratri tenetur, respondi nihil proponi cur non teneretur, eun et iam heredes defunctae tam legataris quam libertatibus obnoxii sint.*

IMP. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et CC. ACHILLI.

Const. 19 del Código, V, 12.

*Cum patrem pro filia dotem tibi dantem, si post suam mortem in matrimonio constituta rebus humanis eadem eximatur, partem dimidiam dotis Ammiae reddi pactum proponas, post vero testamento facto cum aliis etiam Ammiam heredem scripsisse nec Ammiam quicquam ex stipulatu petere velle sanxisse, si quidem hanc sibi reddi secundum fidem pacti stipulatum Ammiam non probetur, ex alieno pacti nec prorsus ei ulla competit actio. Si vero ex verborum conceptione sibi quasivit obligationem... Cfr. Const. 4 del Código, 5, 14, Const. 26 del Código, V, 12; fr. 61 (59), § 1 del Digesto, 36, 1.*

*et Seia postea sine culpa sua divortierit vivo patre suo, in cuius potestate est, an et cui actio ex hoc pacto et stipulatione competat et utrum heredi avi materni ex stipulatione an nepti; respondi in persona quidem neptis videri inutiliter stipulationem esse conceptam, quoniam avus maternus ei stipulatus proponitur; quod cum ita est, heredi stipulatoris, quandoque divortierit mulier, actio competere videtur, sed dicendum est Seiae posse dotem solvi (quamvis actio ei) directo (non competat) ac si sibi aut illi dari avus stipulatus esset (sed permittendum est nepti ex hac avita conventionione. ne commodo dotis defraudetur, utilem actionem: favore enim nuptiarum et maxime propter effectiorem personarum ad hoc decurrendum est). (Basilicorum XXXIII, 8. 63; vol. 3, edic. Heimbach, páginas 279-280.)*

El abuelo materno de Seia había dado, a título de dote, una suma de dinero a Lucio Tizio, marido de su nieta, pactando y estipulando que si llegaban a divorciarse sin culpa de la mujer, la dote debería ser restituída a ella o al constituyente, Gayo Seio. Después de muerto éste, se divorciaron Lucio y Seia, sin culpa de ésta. Y se pregunta: ¿A quién pertenecerá el derecho a reclamar la restitución de la dote: a los herederos del abuelo materno, o más bien a Seia? Y PAULUS responde así: *puesto que la estipulación a favor de Seia es nula*, el derecho a reclamar la devolución de la dote corresponderá a los herederos del constituyente de la misma: Gayo Seio.

Si el texto se detuviese en este punto, no presentaría la menor dificultad; tendríamos en él una clara y explícita confirmación del principio, ya expuesto, de la nulidad del pacto y de la estipulación de restituir la dote a favor de tercero. Pero no se detiene, sino que introduce a continuación dos restricciones que transforman e invierten radicalmente su significado.

La primera de estas restricciones consiste en que se admite que Seia, en cuyo favor se había estipulado la restitución de la dote sin eficacia alguna, pueda ser considerada como un *adiectus solutionis causa*.

La segunda va todavía más lejos y admite que, a pesar de ser la *stipulatio Seiae inutiliter concepta*, se deba conceder a Seia una *actio utilis*.

Frente a estas dos restricciones de la decisión general, la primera pregunta que surge es si ambas son o no clásicas, o sea si deben atribuirse a PAULUS. Pregunta que no dudamos en contestar negativamente.

te, no sólo respecto a la segunda, sino también en cuanto a la primera (53).

En realidad, no era ya de poca monta la dificultad que debía superarse para atribuir a Seia la condición de un *adiectus solutionis causa*. En la estipulación llevada a cabo por Gaio Seio, la persona de la nieta no estaba considerada precisamente como *adiecta*, sino, por el contrario, se halla colocada en primera línea: *dos omnis Seiae uxori vel Gaio Seio avo materno redderetur restituereturque*. Para llegar a la conclusión a que con la primera de las dos restricciones hechas sobre la respuesta de PAULUS llega el texto examinado, sería preciso invertir la *conceptio verborum*, y admitir que Gaio hubiese realizado la estipulación en primer término a favor suyo y sólo en segundo lugar a favor de Seia (54). Y esto debía parecer inadmisibles a un jurista clásico, puesto que con ello se habría abierto una brecha en el carácter formal de la *stipulatio*, realmente incompatible con el rigor observado en otras cuestiones parecidas. Pero lo que nos parece más decisivo para demostrar que esa restricción no puede ser considerada como clásica es que no se puede dar de ella una plausible explicación. ¿De qué podría haber servido a Seia el ser considerada como *adiectus solutionis causa*? En el supuesto de que el marido no hubiese querido restituir la dote, no hubiera podido ella, de tener esa condición, obligarle a restituirla. Y en el caso de que el marido hubiese realizado espontáneamente la restitución en sus manos, ¿qué ventaja hubiera podido obtener jamás en esa condición pura y simple de *adiectus*? Además, ¿no se habría visto obligada, quizás, a restituir a los herederos de Gaio Seio? (55).

(53) De opinión contraria, LENEL, *Pal.*, núm. 1.336, y EISELE, *Beiträge*, pág. 77.

(54) Cfr. c. g. GAYO, III, 103, y § 4, *Inst.*, II, 19.

(55) Véase § 4, *Inst.* III, 19; frg. 131, § 1, del Dig. 45, 1. No puede pensarse que en caso de ser requerida Seia por los herederos de Gaio Seio para la restitución de la dote, pudiera gozar de una excepción por analogía con el frg. 26, § 4 del Digesto, 23, 4. La excepción (de dolo) concedida en este fragmento está basada en que aquel contra quien se concede había pactado directamente en favor de aquel contra quien quería actuar después, y en el caso especial del frg. 45 del Digesto, 24, 3, no podría hablarse en ningún caso de un pacto a favor de aquel a quien podría pensarse en conceder una *exceptio (doli)*, sino que éste debería ser considerado solamente como *adiectus solutionis causa*. Para la doctrina medieval del *adiectus solutionis causa*, véase BÄHR, (*Jahrbücher für die Dogmatik*, VI, págs. 150-152). Véase, además, KNAUS, ob. cit., § 3 y § 5.

Por tanto, está claro que este procedimiento de atribuir a Seia la condición de *adiectus* es un callejón sin salida, un recurso poco feliz que no es atribuible fácilmente a un jurista clásico de la categoría de PAULO. Si consideramos, además, la forma en que esta restricción a la decisión fundamental aparece inserta en el texto (*sed dicendum*), se confirman más aún nuestras graves dudas sobre lo clásico de la misma. No es verosímil que PAULO se enredara en esta curiosa teoría; casi diríamos que *no es posible*. En efecto, en otro texto (el frg. 126, § 2, del Digesto, 45, 1), el mismo autor excluye que la *stipulatio alteri*, que en cuanto tal es *inútil*, pueda ser considerada válida como *adiectus solutionis causa: quod libertus patrono stipulatus, est inutile est, ut nec ad solutionem proficiat adiectio absentis qui principaliter obligatio querebatur*. Tampoco se encuentra elemento específico alguno en el caso concreto de la decisión que se analiza, que justifique una interpretación distinta, y aun opuesta a la que el mismo PAULO, según la opinión general de los autores, habría dado al caso concreto del frg. 45 del Digesto, 24, 3.

Sin embargo, una cosa es sostener que la restricción no sea clásica (56), y otra el atribuirle, sin más ni más, a los compiladores justi-

---

(56) BONFANTE, en su obra *Un contratto a favore di terzi nell'era classica* (publicado en los Estudios en honor de BIAGIO BRUCI), ha llamado recientemente la atención sobre dos pasajes de Apuleyo (*Apología*, 91-92 y 102), de los que parece deducirse que ya en aquellos tiempos (160 d. de J. C.), fuese admitida la validez de las estipulaciones a favor de terceros en la constitución de la dote. Apuleyo, en efecto, afirma que su mujer Pudentila, en el acto de constituir una dote de 300.000 sextercios, había pactado su restitución a favor de los hijos de su primer matrimonio en el caso de que muriera sin tener hijos de su matrimonio con Apuleyo: *eorumque repetitionem filiis Pudentillae pacto datam*. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la constitución de la dote había tenido lugar mediante una simple promesa o *dictio* (BONFANTE, ob. cit., pág. 4); los 300.000 sextercios habían permanecido en el patrimonio de Pudentila, y sus mismos hijos no habrían podido actuar contra Apuleyo, fundándose en el pacto en cuestión, sino en cuanto que Apuleyo hubiese estado en posesión de la herencia de Pudentila en el momento de la muerte de ésta. A esta hipótesis puede referirse la frase *eorumque repetitionem filiis pacto datam*. Con ella, quizás, quería Apuleyo expresar, simplemente, que una vez muerta Pudentila, no habría podido él, aunque hubiera estado en posesión de la dote, retenerla, así como en cambio no habría podido exigirla de los hijos de Pudentila, por oponerse a ello, en ambos casos, el *pactum* realizado a favor de éstos. Para otras interpretaciones posibles, véase BONFANTE, en la ob. cit.

nianeos. Es preciso no olvidar que los textos clásicos de que se valieron los compiladores para componer el Digesto eran textos antiguos, transmitidos durante dos o tres siglos, e incluso corrompidos y alterados por diversas glosas y comentarios. Es necesario, pues, distinguir entre alteraciones justinianas y antejustinianas. Y esta distinción, que a pesar de estar reconocida universalmente no siempre es apreciada de modo adecuado, encuentra una notable confirmación en este caso. En efecto: los compiladores concedían a Seia, al final del texto, una *actio utilis*; acción que, una vez concedida, hacía perfectamente superfluo y contradictorio el considerar a Seia, al mismo tiempo y contra el *conceptio verborum* de la *stipulatio*, como un *adiectus solutionis causa*. Ahora bien: que los compiladores quisieran con aquella primera concesión preparar el camino para la segunda, es algo tan fácil de suponerse como difícil, y diríamos imposible, de demostrar. El admitir que los compiladores introdujeran al mismo tiempo y a propósito las dos restricciones, sin darse cuenta del contraste que entre ellas existe, es ir demasiado lejos en el camino de juzgar su obra por meros indicios (57); no queda, pues, otra cosa, y es realmente la suposición más atendible, sino pensar en unas glosas introducidas durante la época antejustiniana en el texto de PAULO, que se conservaron después en el texto justiniano por inadvertencia de los compiladores.

En lo que respecta a la segunda restricción que sufre la respuesta de PAULO en el frg. 45 del Digesto, 24, 3, ya hemos afirmado que es debida a los compiladores. Es mérito de FABRO (58), el haber sido el primero en descubrir y demostrar esta interpolación que ha quedado entre las más ciertas, aunque no hayan faltado escritores que la han combatido, y aunque sea ignorada de muchos todavía. No insistiremos, pues, en volver a demostrarla; más bien intentaremos determinar su génesis. En esta investigación creemos que se puede partir de la idea de estar frente a una interpolación no original, sino derivada. Por tan-

---

(57) *Conjecturarum*, XIX, c. 19, y lib. XIII, tít. 5; LENEL, *Pal.*, núm. 1.336. Véanse a título de curiosidad, los argumentos con lo que intentaba defender la autenticidad del texto, NOODT, *Opera Omnia* (Lugduni Batavorum, 1724), vol. I, página 554. Véase también el frg. 9 del Dig. 23, 4, y HELLWIG, ob. cit., pág. 29, nota.

(58) Véase EISELE, *Zeitschrift für die Sav. Stiftung*, röm. Abth. XIII, pág. 127, y *Beiträge zur Römischen Rechtsgeschichte*, págs. 77-78.

to, se trata de buscar el texto en el que fué introducida la interpolación original. Y podría ser la

Const. 7, del Cod. V, 14.

IMPP. DIOCLETIANUS et MAXIMINIANUS AA. et CC. PHILETO.

*Pater pro filia dotem datam genero ea prius in matrimonio defuncta nepotibus pactus restituí (licet) his actionem quarere non potuit (tamen utilis eis ex aequitate accomodabitur actio).*

Ya FABRO había intuído sagazmente que las palabras que van entre paréntesis eran una interpolación, y toda duda sobre este punto ha quedado excluída por el hecho, que se le escapó al mismo FABRO, puesto ahora en evidencia por KRUEGER (59), y atestiguado por TALELEO, que la *actio utilis* de que habla la Constitución fué introducida por los compiladores justinianos *novi iuris constituendi gratia* (60). Tampoco se puede dudar de los fines perseguidos por los compiladores con esta innovación. No querían, ciertamente, introducir una reforma de índole general. La razón de la interpolación está ligada al caso concreto de la Constitución. Lo que ellos querían era tutelar, defender, a los hijos nacidos en matrimonio en el caso de premoriencia de la madre, asegurándoles la dote en el caso en que no se hubiese estipulado por el abuelo constituyente la devolución a favor de los nietos. Es, por tanto, la proverbial afección del abuelo por sus nietos, lo que está tutelado aquí, excepcionalmente, por el Derecho; estamos, pues, frente a un *ius singulare*. Y una vez que este *ius singulare* figuró en la primera edición del Código, se comprende que debiera ser tenido en cuenta por los compiladores del Digesto. Con esto queda explicada la interpolación del frg. 45 del Digesto, 24, 3, que, por lo que antecede, hemos llamado *derivada* o *consecutiva*. En este fragmento ya ofrecía la glosa una base para la reforma; por lo demás, se trataba simplemente de una *stipulatio* a favor de una nieta, si bien en este caso la nieta fuera la misma persona a cuyo favor se había constituído la dote. Estas dos circunstancias quizás fueron decisivas. Sólo que, por ser más evidente en el Digesto el contraste entre la decisión clásica y la innovación que

(59) *Codex Justinianus*, nota 2 a la Const. 7, Cód. V, 14.

(60) HEIMBACH, *Manuale Basilicorum*, ad Cód. V, 14; 7 (vol. XI, pág. 376), y EISELE, ob. cit.



se le añadía por los compiladores, sintieron éstos la necesidad de justificarse, y unieron los motivos que eran apropiados para explicar y aclarar la Const. 7, en los que se inspiraban, con el caso especial del frg. 45 del Digesto, 24, 3, antes transcrito, con el que sensiblemente desentonaban (61).

Esta torpe justificación en nada puede influir sobre el juicio hecho de la innovación justiniana, ni le puede quitar el carácter de particularidad que antes hemos destacado.

Ahora bien: este carácter de singularidad es el que debe tenerse más en cuenta en su interpretación. El nos lleva a rechazar, ante todo, la opinión de aquellos escritores, antiguos y modernos (62), para quienes el frg. 45 del Digesto, 24, 3, y la Const. 7, V, 14, no deberían estudiarse aisladamente, sino al contrario, en relación con todos los demás textos que se refieren a estipulaciones de ascendientes en favor de descendientes (63). En realidad la *actio utilis* introducida en la Constitución 7, Cód. V, 14, sólo favorece a los nietos del constituyente, sin distinción entre abuelo paterno y materno (64). Y es erróneo, ciertamente, prescindir en el constituyente de su calidad de ascendiente, como hace, por ejemplo, WINDSCHEID (65); mas por otra parte, tampoco debe exigirse a los nietos otra condición que el haber sido tenidos en cuenta en el pacto y en la estipulación dotal. La idea defendida por CZYHLARZ (66), según el cual, para poder ejercitar el nieto la *actio utilis*, debería haber sido considerado como *adiectus solutionis causa*, está poco fundada, y tiene su origen en que este autor excluyó la Cons. 7, del Cód. V, 14 (67), como no relacionada con la cuestión

(61) Sobre la falta de adecuación de estos motivos, véase las sutiles observaciones de FABRO, en la ob. cit. Realmente, no se comprende qué tenía que ver el *favor nuptiarum* con la concesión de la *actio utilis* para la restitución de la dote a la mujer en caso de disolución del matrimonio.

(62) Entre los modernos, sostiene esta opinión KNAUS, ob. cit., § 12, III.

(63) Frg. 45, § 2, del Dig., 45, 1; frg. 26, 3; frg. 9, 23, Dig. 23, 4; frg. 26, § 4, Dig. Cód.; frg. 59, § 1, Dig. 36, 1; Const. 4, Cód. 5, 14. Todos estos textos están expuestos en parte con referencia a la teoría del fideicomiso, y en parte en relación con la teoría de la *exceptio doli*.

(64) CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*. Giessen, 1870, pág. 442.

(65) Lehrbuch, 516 b. y nota 6.

(66) Ob. cit., pág. 441.

(67) Ob. cit., pág. 441, nota 6: «Die L. 7, Cód. V, 14, gehört nicht hieber, sondern bezieht sich auf ein nach Auflösung der Ehe geschlossenes Pactum» (!).

de que tratamos, trabajando sólo sobre el frg. 45 del Dig. 23, 4. Creemos, no obstante, que son suficientes las observaciones hechas anteriormente para demostrar lo infundado del supuesto de que parte CZYHLARZ, y por ello no creemos necesario intentar una refutación especial de la opinión fundada sobre tal supuesto.

En resumen: si preguntamos cuál sea la importancia que deba atribuirse a la innovación estudiada en relación con la teoría de los contratos a favor de tercero, contestaremos que, dado lo particular del caso, debe negarse a tal innovación el carácter de una verdadera excepción al principio de la nulidad. Es cierto, en efecto, que tanto en el caso concreto del frg. 45 citado, como en el de la Const. 7 que venimos examinando, los nietos habfan permanecido completamente extraños al contrato concluído en su favor; verdad, también, que la voluntad de las partes contratantes estaba dirigida al fin de atribuirles el derecho de reclamar la dote al marido, una vez disuelto el matrimonio; pero no es fácil, en cambio, llegar a persuadirse de que los compiladores quisieran atribuir a los nietos tal acción, solamente en tanto cuanto hubiese sido la voluntad de las partes contratantes el atribuirse. No fué este orden de ideas, en verdad, el determinante para los compiladores. Lo que se impuso a éstos fué, por el contrario, la *qualitas personarum*, y la índole propia de la dote. No quisieron ellos atacar el principio de la nulidad, sino poner junto a él un nuevo principio de derecho objetivo; ya que lo que se atribuía a los nietos era una acción útil *dativa*, y no una acción útil *nativa* (68), que, por otra parte, les competía, aun en el caso de que pudiera demostrarse que el constituyente había querido adquirir, exclusivamente para él, el derecho a obligar al marido a la restitución.

---

(68) Creemos útil emplear aquí esta terminología sacada de la doctrina moderna para caracterizar mejor la índole jurídica de la *actio utilis* a que se refiere y concede el texto latino. Así lo hacía FABRO, ob. cit., *Dativas vero quae non ex vi et potestate negotii nascuntur, sed tamen ob negotii sequitatem datur et accomodatur a lege*. En cambio, este autor se aleja de la opinión mía, expuesta en el texto, sobre los motivos que indujeron a los compiladores a conceder la acción. Según él, fueron movidos a ello, no por el *favor nupriarum aut dotium*, ni por la *affectio personarum*, sino por la reforma introducida por ellos mismos en la Const. 11 del Cód. VIII, 37, y en la Const. un Cód. IV, 11.

§ 10. DEL PACTO DE RESCATE ESTIPULADO POR EL ACREEDOR PIGNORATICIO ENAJENANTE A FAVOR DEL DEUDOR

Fr. 13, pr. Digesto, 13, 7.

ULPIANUS, libro trigesimo octavo ad Edictum.

*Si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam. scripsi Julianus et est rescriptum ob hanc conventionem pignoratiticiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem (sed ei ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emptorem agere).*

Para comprender bien este texto es preciso distinguir perfectamente la primera parte de la segunda, incluida entre paréntesis. En nuestra opinión, no se trata en la primera de un reconocimiento de la validez de un contrato en favor de tercero, sino que se trata, indudablemente, de un simple caso de representación (69). Las observaciones expuestas por algunos escritores sosteniendo la tesis contraria, no las creemos persuasivas (70). Se ha dicho que el acreedor, al vender la prenda, ejerce un *derecho propio*, y que, por tanto, no se le puede considerar como representante del deudor, que es el dueño de ella. Pero esta opinión no es concluyente.

En efecto: para sostener que en la primera parte del texto no se trata de un contrato en favor de tercero, sino de un caso de representación, no es necesario admitir que la venta sea hecha en nombre del deudor; basta con afirmar que el pacto de rescate se haya realizado a nombre de ese deudor. Ahora bien: esta afirmación no está contradicha, ciertamente, sino más bien confirmada por la circunstancia de haber vendido el acreedor pignoratiticio en calidad de tal y ejerciendo su derecho de prenda. En efecto: quien vende con tal carácter reconoce en sí mismo una duplicidad de funciones, claramente destacadas en el

(69) En este sentido, BÄHR, *Urtheile*, pág. 79.

(70) Véase UNGER, ob. cit., pág. 28; TARTUFARI, ob. cit., pág. 35. Es poco persuasiva también la defensa que de esta tesis hacen HELLWIG, ob. cit., págs. 34-35, y BONFANTE, *Lezioni*, pág. 35.

texto (71), por la que el acreedor pignoraticio debe defender, al mismo tiempo y armónicamente, sus propios intereses y los del propietario. No se opone a esto el que del fragmento examinado no resulte expresamente pactado por el acreedor el rescate *nomine domini*. No es necesario eso. La circunstancia de vender el acreedor en calidad de pignoraticio, reservando el rescate de la prenda a favor del propietario pignorante, puede ser considerada como base suficiente para admitir que haya contratado *nomine domini*, tácitamente, incluso por aquellos que no quieren admitir, en general, la intención de representar en quien contrata en favor de otro sin tener en esto un interés propio (72).

Por lo demás, para sostener que en el texto examinado se obraba en concepto de representante, se cuenta con otro argumento, consistente en la concesión de la *actio pignoratitia* al deudor propietario. En efecto: nadie ha sostenido jamás que de un verdadero contrato a favor de tercero pueda surgir una acción de éste contra el estipulante. Por el contrario, si se admite que el acreedor haya representado al deudor propietario en la conclusión del pacto de rescate, todo resulta claro. La *actio pignoratitia* está aquí en función de una *actio mandati* o *negotiorum gestorum*, y sirve para hacer valer una nueva relación jurídica, distinta de aquella que le dió origen. Este proceso de adaptación de las acciones contractuales para hacer valer relaciones no surgidas necesariamente del contrato, era corriente en la jurisprudencia romana; por tanto, la decisión contenida en la primera parte del fragmento estudiado no presenta dificultad alguna.

En cambio, la segunda presenta una serie de anomalías. En efecto: se comienza por atribuir al deudor la *rei vindicatio*, sin tener en cuenta el requisito de la *solutio pecuniae*, que en toda ocasión era necesario para poder obtener la resolución de la venta. Se sigue luego concediendo, sin más ni más, una *actio in factum* personal, que puesta así unida, y en concurso con la *rei vindicatio*, habría debido constituir una grave anomalía para un jurista clásico.

Sólo por estas dos consideraciones se presenta el texto como sos-

(71) Const. 4, 7 y 9 del Cód. 8, 27. Véase, además, Const. 4, del Cód. VIII, 29 (20), y Const. 1 del Cód. VIII, 23. Cfr. WINDSCHEID, *Pandectas*, I, § 237.

(72) En este sentido, BÄHR, *Ueber die Verträge zu Gunsten Dritter und Ueber die Schuldübernahme* («Archiv. für civ. Praxis», 67, pág. 160).

pechoso; pero lo que depone más eficazmente en favor de que se trata de una interpolación es el contraste existente entre esta segunda parte y la primera que acabamos de estudiar. En la primera, se niega toda acción directa al deudor contra el comprador; en la segunda, no sólo se concede una *actio in factum*, sino incluso la *rei vindicatio*. En aquélla se concede al propietario deudor el poder hacer que se le ceda la acción; en ésta, condiéndose la acción directa y la reivindicación, se da la sensación de concederse, *ex novo*, unos medios jurídicos a una persona que estuviera completamente privada de ellos (*sed et ipse debitor*); y no era esto lo que sucedía, precisamente.

Todos estos son indicios bastante serios; tenía razón EISELE en sus primeros trabajos sobre la determinación de las interpolaciones (73), cuando denunciaba ésta como no clásica, y PERNICE llegaba a la misma conclusión casi al mismo tiempo (74). Opinión confirmada luego definitivamente por el mismo EISELE en sus estudios sobre la historia del Derecho romano (75). Con ello se ha obtenido un resultado considerable; la parte clásica del frg. 13, pr., del Digesto, 13, 4, no se refiere a la teoría de los contratos a favor de terceros, sino que se relaciona con la teoría de la representación, y la admite sólo indirectamente, o mediatamente (como se quiera decir), a base de la cesión de la acción adquirida por el representante a favor del representado.

¿Pero puede decirse con seguridad que con la interpolación acabada de destacar se haya querido reconocer el principio de la validez de los contratos a favor de terceros? Para responder a este interrogante es preciso interpretar la interpolación misma, poniéndola en parangón con el texto en que está incluida y con las condiciones del Derecho

(73) *Zeitschrift der Savigny's-Stiftung*, vol. XIII, pág. 125. Cfr. FABRO, *De errore, Pragmaticorum I dec. 22 err. 6*. y BECHMANN, *Gauf II*, 535.

(74) LABEO. III, I, pág. 194, nota 2.<sup>a</sup>

(75) *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte*, págs. 78-79; LENEL, en el Pal. 808, no descubre esta interpolación. OERTMANN, en *Civilistische Rundschau* («Archiv für das bürgerliche Recht, vol. XII, fasc. I, pág. 269), la combate; no encuentra contradictorio enteramente el *sed et ipse debitor*: para él estas palabras querrian decir, sencillamente, que el deudor, además de poder hacer que el acreedor le ceda su acción puede también obrar directamente (!). Por el contrario, la acoge explícitamente, salvo en algún punto, KRÜGER, en su estudio crítico incluido en la *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, XXIV, 2. páginas 406-411. Cfr. también HELLWIG, ob. cit., pág. 35.

justiniano, que fueron las que verosíblemente determinaron su inserción en él. Pero este análisis conviene conducirlo independientemente en cada una de las dos acciones que en el texto se conceden (*aut vindicare, aut in factum actione agere*).

En cuanto se refiere a la *rei vindicatio*, se impone una observación elemental desde un principio: en cualquier supuesto debe rechazarse que se haya querido introducir con ella una excepción al principio de la nulidad de los contratos a favor de tercero. Esta excepción sólo podría explicarse con la concesión de una acción personal *ex pacto*; en cambio, la *rei vindicatio* del deudor no podía tener su fundamento más que en una especie de renacimiento de su *derecho de propiedad*. Al conceder al deudor la *rei vindicatio* no podían ser movidos los compiladores más que por la intención de hacer una aplicación de aquella retroactividad real, que, precisamente, sólo se puede constatar con certeza en el Derecho justiniano, y que fué, sin duda, en parte al menos, obra justiniana (76). La ensambladura de esta aplicación se ha conservado en el mismo Digesto. En el frg. 7, § 1, Dig. 20, 5 (77), el pago del precio de la venta, hecho por el deudor propietario al comprador de la prenda, está supuesto en el contrato de venta, como condición resolutive de la venta misma, y a esta resolución se le atribuye un efecto real. La concesión de la *rei vindicatio* a quien resulta favorecido con el pacto de rescisión de la venta no tiene la menor relación con la teoría de los contratos a favor de terceros.

Pero, ¿puede decirse lo mismo de la *actio factum* concedida a la vez que la anterior? Muchos responden negativamente a esto. En la concesión de esta *actio in factum* (78) se quiere ver un reconocimiento

---

(76) Cfr. VAT, *Fragmenta*, 283, y c. 2 Cód. 8, 54, y WINDSCHEID, *Pandette*, I, § 90, y WENDT, *Pandekten*, § 56. También HELLMWIG, ob. cit., págs. 34-35.

(77) Frg. 7, § 1, del Digesto, 20, 5. Marcianus liber singularis ad formulam hypothecariam. *Illud inspiciendum est an liceat debitori si hypotheca venerit pecunia soluta eam recuperare, et si quidem ita venerit ut si intra certum tempus a debitore pecunia soluta fuerit, emptio rescindatur, intra illud tempus, pecunia soluta, recipit hypothecam.*

(78) Con referencia a esta *actio in factum* se da la circunstancia notable, por nadie señalada, de estar suprimida en las Basílicas. En efecto: en el libro XXV, título I, XIII, se encuentra reproducido el frg. 13 del Digesto, 13, 7, de este modo: *Si creditor, cum venderet pignus, pactus fuerit ut liceret debitori pretium emptori solvere et rem recipere, habet adversus eum pignoratitiam actio-*

excepcional de la validez de un contrato a favor de tercero. La acción aquí otorgada, se dice, no es una acción *cedida*, o considerada como tal, *ope legis*; se trata de una acción independiente y autónoma que pertenece al propietario deudor *fundada en la voluntad de las partes contratantes* (acreedor pignoraticio —vendedor— y comprador), *manifestada en la terminación del contrato de compraventa*. Y se añaden a esta afirmación ciertos argumentos de cuya solidez es lícito dudar (79).

En mi opinión, el hecho comprobado de haber sido introducida esta acción por los compiladores, puede servir de guía para decidir esta controversia. Gracias a esa comprobación podemos orientarnos suficientemente sobre los criterios que pudieron inducir a los compiladores a realizar esa interpolación. Y en este aspecto, debe rechazarse, ante todo, que se propusieran realizar una reforma fundamental de los principios. Más bien sería su intención proveer al caso concreto, simplificando el procedimiento. Una vez concedida la *rei vindicatio*, debieron pensar que debían conceder también una *actio in personam*, para mayor tutela del *dominus*. Esta acumulación de las acciones reales con las personales, que era extraña en el Derecho clásico, era corriente, en cambio, en el justiniano. Basta pensar en la evolución de los varios tipos de legados y fideicomisos, y en la forma en que fueron tratadas estas instituciones en el Derecho justiniano, y no parecerá extraña nuestra anterior afirmación. Tampoco es difícil reconstruir el razonamiento que indujo a los compiladores a conceder directamente una *actio in factum*. Toda la parte clásica del texto se halla dominada por el concepto de la llamada representación indirecta, puesta en acción mediante la cesión de acciones del representante al representado. Ahora bien,

---

*nem, ut cedat ex vendita actionem, et adversus emptorem rei vindicationem*. Esta supresión, al igual que la realizada en la Const. 8 del Código, III, 42, (Basilicas, libro XV, tít. XXVIII), estaba dirigida, probablemente, a indicar una cierta reacción contra las innovaciones introducidas por los justinianos. Cfr., además, nuestra nota de la pág. 48, y a HELLMIG, ob. cit., pág. 31, nota.

(79) No se opone a este modo de considerar el texto estudiado la decisión contenida en el frg. 7, pr., del Digesto, 20, 5. Es verdad que en él se admite, en favor del *dominus*, el derecho a hacerse ceder la acción por el vendedor, incluso en el caso en que éste hubiese pactado el rescate en favor propio; esto es, en un caso en que no se trata de representación voluntaria. Pero, quizás, baste pensar y observar cómo está excluida, en todo caso, la idea del contrato a favor de tercero en el caso concreto del frg. 7 citado. UNGER, ob. cit., págs. 28-29.

no existía ninguna razón especial para excluir este concepto de la parte final del texto; al contrario, lo consecuente y natural era el conservarlo y desarrollarlo. Pero el hacerlo así no podía conducir sino a negar la necesidad de la cesión de la acción por parte del vendedor. Y con toda verosimilitud, éste fué el orden de ideas en que se colocaron, precisamente, los compiladores. La acción por ellos concedida es la *actio ex vendito* del acreedor, en cuanto vendedor de la prenda, que se daba como *utilis* al deudor pignorante y propietario de ella. El texto justiniano no se refiere propiamente a la teoría de los contratos a favor de terceros, sino más bien a la de la representación.

§ 12. DEL CONTRATO DE COMODATO Y DE DEPÓSITO CON PACTO  
DE RESTITUCIÓN A FAVOR DE TERCEROS

Const. 8 del Cod. III, 42.

IMPP. DIOCLETIANUS et MAXIMINIANUS AA. y CC. PHOTINO.

*Si res tuas commodavit aut deposuit is cuius precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes. Quod si pactus sis, ut tibi restituantur, si quidem ei qui deposuit successisti, iure hereditario depositi actione uti non prohiberis; si vero nec civili nec honorario iure ad te hereditas eius pertinet, intelligis nullam te ex eius pacto contra quem supplicas actionem (stricto jure) habere: (utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio).* *Basilicas*: libro XV, tít. 4, XXVIII. (HEIMBACH, II, pág. 178) (80).

---

(80) En este pasaje de la compilación conocida con el nombre de *Basilicas*, se reproduce el texto de la Const. comentada según la forma que, en nuestra opinión, es la original clásica. EISELE, en su *Beiträge*, págs. 80-81, llega a la conclusión de que los compiladores de las *Basilicas* quisieron en este punto volver al derecho clásico, suprimiendo para ello la interpolación de los justinianos, como consecuencia de negar que el trabajo de Taleo sobre el Código, en el que se informaron los *Basilistas*, se hiciera sobre una edición original del mismo, y de no admitir, tampoco, que la modificación de la Const. se introdujera en los manuscritos del Código posteriores a las *Basilicas*. Esta hipótesis nos parece suficientemente fundada, sobre todo si se atiende a una circunstancia que se le escapó a EISELE, o sea el hecho de que en las *Basilicas* también está suprimida la *actio in factum* del frg. 13 del Dig. 13. 7, que corresponde a la *actio utilis* de la Const. 8 del Cód. III, 42. Cfr. HELLWIG. ob. cit., pág. 31, notas 55 y 56, de opinión contraria.



Titio había dado a Cayo, en depósito o en comodato, una cosa perteneciente a Sempronio; se le concede a éste que pueda dirigirse contra Cayo, con la *actio ad exhibendum*, o con la *rei vindicatio*. Se pregunta después si, en el caso de que Titio hubiese pactado la restitución de la cosa depositada a favor de Sempronio, podría ejercer éste, además de esas dos acciones, la *actio depositi*, contra Cayo. Es muy comprensible el sentido práctico de esta pregunta. La *actio depositi* tiene un contenido mucho más amplio que las otras dos concedidas al propietario, y, además, se puede dirigir contra el depositario, aun en el caso de que no se encontrara ya en posesión de la cosa reclamada. Y la respuesta que nos da el texto es la siguiente: de derecho, no le corresponde a Sempronio acción alguna, puesto que la restitución pactada es nula; pero, en cambio, se le podrá atribuir una *actio depositi utilis, propter aequitatis rationem*.

La interpretación dada generalmente a esta respuesta es que Diocleciano, aun manteniendo firme la regla de *alteri stipulari nemo potest*, introdujo en la misma una excepción con esta Const. suya (81).

Pero también se alzan las más serias dudas sobre la autenticidad de esta Constitución. Son sospechosos en ella tanto el final *utilis autem...*, como el inciso *stricto iure*, que se encierran entre paréntesis, y se agrava la sospecha por la consideración de las otras interpolaciones demostrables en textos análogos, y en especial por la gran semejanza de forma que la Const. examinada tiene con la Const. del Cód. V, 14 (82).

Sin embargo, surge una cierta dificultad para aceptar la tesis de la interpolación, si se confronta este texto examinado con el pasaje de PAULO R. S. II, 12, 8 (83), comparación que no realizó EISELE. En efecto, PAULO concede aquí al primer depositante una *actio depositi utilis* contra el depositario, y como el pasaje de PAULO, puede ser con-

---

(81) Cfr. UNGER, ob. cit., pág. 48; BONFANTE, en sus *Lezioni* cit., págs. 36-37, y HELLWIG, ob. cit.

(82) Este argumento se halla muy destacado en EISELE, *Beiträge*, pág. 80.

(83) El texto de PAULO está redactado así: *Si qui rem penes se depositam apud alium deposuerit, tam ipse directam, quam is qui apud eum deposuit utilem actionem depositi habere possunt*. Sobre las diversas tentativas de conciliación entre este texto de Paulo y el fgr. 16, del Dig. 16, 3, citado arriba, véase GLUECK, *Erläuterung*, XV, págs. 220-224.

siderado como genuino (ya que reaparece en forma idéntica en la *Collatio X*, VII, § 7), puede parecer que hay una clara contradicción con la tesis de la supuesta interpolación verificada en la *Const. 8*, comentada.

A pesar de esta dificultad, nos inclinamos a admitir la realidad de la interpolación. En realidad, PAULO no alude lo más mínimo, en el pasaje citado, a un pacto realizado por el primer depositario con el segundo, en virtud del cual se viera este último obligado a restituir la cosa al primer depositante; la *actio utilis* de que habla no es, por tanto, según todas las probabilidades, una *actio utilis ex alieno pacto*. Además, tampoco dice PAULO que las dos acciones (*directa* y *utilis*) correspondan simultáneamente; alude sólo, y habla en general, a que ocasionalmente, en virtud de la relación jurídica que describe, pueden obrar ya el primer depositante, Sempronio, ya el primer depositario, Ticio, ahora segundo depositante; tampoco dice en modo alguno, con qué carácter ni en qué circunstancias competía esa *actio utilis*, y nosotros no estamos autorizados realmente a deducir, del contexto de su sentencia, que tal acción correspondiera siempre. Al contrario, un fragmento de AFRICANO, que es con certeza auténtico, induce a creer que en el Derecho clásico, por regla general al menos, no podía pertenecer directamente acción alguna al primer depositante contra el segundo depositario en estos casos en que se realiza un nuevo depósito de la cosa que se tiene también en depósito. El fragmento aludido es éste:

frg. 16, Digesto, 16, 3.

AFRICANUS, libro septimo quaestionum.

*Si is apud quem rem deposueris, apud alium eam deposuit et ille dolo quid admiserit, ob dolum eius, apud quem postea sit depositum, eatenus eum teneri apud quem tu deposueris ut actiones suas tibi praestet.*

Admitido, por tanto, que la *actio utilis* concedida en la *Const. 8*, del Cód. III, 42, sea justiniana, lo cual si no es absolutamente cierto sí que es bastante verosímil, sólo falta ver su índole y su fundamento. Falta también aquí ver, si por ella se introducía una excepción al principio de la nulidad de los contratos a favor de terceros, o si, por el contrario, se puede dar una explicación y justificación distinta de ésa. UNGER se pronuncia por la primera de las dos opiniones, en cuanto no

admite que el texto se refiera a la teoría de la representación, mientras por otra parte niega también que se trate de una verdadera y auténtica excepción al principio de la nulidad, ya que el segundo depositante, al pactar la restitución de la cosa depositada al propietario, no tiene la intención de procurarle una ventaja o provecho, sino que se mueve por el deseo de asegurarse frente a él. BRINZ, por el contrario, aun admitiendo que en la Const. 8 citada existe una excepción al principio de la nulidad de los contratos a favor de tercero, niega que en esta excepción se manifieste la tendencia a reconocer, en el ámbito de los principios, la validez de los tales contratos. Según este autor, no se quiere en esta Const., al igual que en las excepciones sancionadas en el frg. 13, Digesto 13, 7; y 45, Dig. 24, 3; y c. 7 del Cód. V, 14, sino defender principalmente al propietario; doctrina ésta que reproduce en este punto otra más antigua (84). Otros autores sostienen que la *actio utilis* de la Constitución que examinamos, no es sino la acción del depositante, concedida prácticamente al propietario, en cuanto admiten que éste estuvo representado por el depositante al realizar el contrato de depósito. Esta última posición, a pesar de las objeciones aparentes, nos parece la más fundada en el Derecho justiniano. Está fuera de duda que aquel que da en depósito, o en comodato, una cosa de otro, realiza un negocio jurídico objetivamente *alienum*; el *dominus rei* siempre podrá exigir, por tanto, la restitución de las acciones que puedan corresponder al depositante, aun cuando éste haya hecho el depósito en nombre propio (85). Pero también creemos, dejando eso aparte, que en el caso preciso de la Const. 8 que estudiamos, se puede admitir sin vacilación que el depósito fuese hecho a nombre del *propietario*. En efecto: si no se reconoce que obra como representante aquel que al depositar un objeto, no sólo declara que es de otro, sino que, además, se hace prometer la restitución a ese otro, no podemos imaginar en qué

---

(84) RETES, *Praelectio ad Tit. Dig. de verb. oblig.* Consecarium V. (MEERMANN, *Thes.*, VII, pág. 396): *sed non est difficilis ratio huius aequitatis* (sc. in Const. 8, Cod. ad exhib.), *quia aequum est rem meam mihi restitui* (L. qui mo 22 Dig. *de reb. cred.*); *ergo quum dominus habeat actiones quae ex dominio procedunt, nullum inconveniens fuit ut decerneretur personalis actio ad prestationes et causam rei petendam: itaque favore domini eo res devenit*. BRINZ, *Lehrbuch*, § 585, pág. 393 (volumen IV, 2.<sup>a</sup> edición).

(85) Véase PACCHIONI, *Trattato della gestione degli affari altrui*, págs. 143-146.

otros casos se puede reconocer la representación. Creemos que la distinción entre contrato *a nombre propio* y *a favor de otro*, y contrato *a nombre de otro* y *a favor de otro*, que es nítida y lógicamente clara, ha producido confusión al interpretar los textos romanos, como ciertamente la ha producido en la práctica cuando se ha querido aplicar. El Derecho romano, incluso el clásico, ha tenido realmente con el concepto de la representación un trato más familiar del que generalmente se cree, y por eso mismo está más justificado el pensar que resolviese las dificultades acudiendo a él, que el suponer que acudiese al concepto técnico del contrato a favor de terceros. Por lo que atañe a nuestro caso, está, además, la analogía con el frg. 13 del Digesto 13, 7, que se impone decisivamente. En realidad se nota, en toda la época más moderna del Derecho clásico y en el justiniano, una cierta tendencia a conceder, en la práctica, a una persona determinada aquellas acciones que habría podido *hacerse ceder* en virtud de una relación jurídica de representación. ¿No es éste un interesante argumento a favor de nuestra tesis? Concluyamos, pues, diciendo que tampoco la Const. 8 que estamos examinando se halla relacionada con la teoría de los contratos a favor de tercero, sino más bien con la llamada representación directa (86).

### § 13. DE LA DONACIÓN «SUB MODO» A FAVOR DE TERCERO

Hay un caso en el que está aceptado, casi universalmente, que el Derecho romano estableció una verdadera excepción al principio del

---

(86) De otra opinión es BONFANTE, que en la pág. 36 de sus *Lezioni*, dice así: «No consta que el acreedor tenga el *animus negotia aliena gerendi*, ni el *negotium* es propiamente *alienum*, por cuanto que también el tercero pueda tener intereses». «Es inútil forzar la representación». A lo que contesto: Ante todo, no es precisamente necesario, para que haya representación, que el representante tenga el *animus negotia aliena gerendi* frente al representado, basta con que se pueda admitir que realizó el contrato *a nombre suyo*; y en segundo lugar, tampoco es preciso, para que la haya, que el contrato efectuado por el representante sea, como se dice en la cátedra, un *negotium ipsa re alienum*. Por lo que aun faltando ese requisito, se podría, sin esfuerzo, admitir la representación. Análogas consideraciones se pueden hacer contra HELLWIG, ob. cit., págs. 31-33.

*alteri stipulari nemo potest.* Es el caso de una donación *modal* hecha a favor de tercero. De él se ocupa la

Const. 3 del Código, VIII, 54.

IMPP. DIOCLETIANUS et MAXIMINIANUS AA. IULIAE MARCELLAE.

*Quotiens donatio ita conficitur, ut post tempus id quod donatum est alii restituatur, veteris iuris auctoritate rescriptum est, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur stipulatus non sit, placiti fidem non impleta, ei qui liberalitatis auctor fuit vel heredibus eius condictionae actionis persecutionem competere. Sed cum postea benigna iuris interpretatione divi principes ei qui stipulatus non sit utilem actionem iuxta donatoris voluntatem competere admiserint, actio quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accomodabitur.*

Ahora bien: el texto, tal como se ha conservado en el Código, tampoco es el genuino y auténtico; la mano de los compiladores se vislumbra en la frase que atribuye al tercero una *actio utilis*, puesto que, como sagazmente observó ya FABRO (87), *actio quae competit unquam potest esse utilis sed semper est directa*. Afortunadamente se puede ahora, no sólo constatar con toda certeza el hecho de esta interpolación, sino también reconstruir en gran parte el texto tal como fué originalmente. La Const. que examinamos se encuentra en los Fragmentos Vaticanos (fgr. 286), y por suerte, se conservan íntegras precisamente aquellas palabras que tienen mayor importancia para nuestro estudio. Comparando la Const., tal como se encuentra en el Código, con la parte que de ella se conserva en los *Vaticana Fragmenta*, conseguimos descubrir con seguridad que la *benigna interpretatio* de los *divi principes* no tuvo por fin, originalmente, el conceder una acción al tercero que no hubiese estipulado personalmente la restitución por el primer donatario de objeto donado, sino más bien sólo el atribuir al Magistrado la facultad de conceder al tercero, en cada caso en que le pareciese justo, una *utilis actio* (*decernendam esse*). Y se deduce también que al hablar el texto auténtico de esta acción, que el tercero habría podido obtener ocasionalmente del Magistrado, no se servía de la frase

---

(87) FABRO, *Conject*, XIX, c. 19.

*actio quae competebat*, sino de esta otra: *actio quae illi decerni potuit* (88).

La importancia de esta interpolación no ha sido apreciada, por lo general, de modo adecuado. Sólo EISELE la apreció en todo su valor. Y niega que pueda decirse en virtud de la Const. tal como fué dictada en su origen, que ya en el Derecho clásico había sido admitida una verdadera, y propiamente dicha, excepción al principio de la nulidad de los contratos a favor de tercero (89). Por nuestra parte, creemos acertadísima esa posición negativa, aunque en su justificación nos alejemos bastante de EISELE, como se verá a continuación.

El punto de que es necesario partir para interpretar la Constitución de que tratamos, tanto en el Derecho clásico como en el justiniano, es que en ella se trata de la *donatio sub modo*, y que tiene en cuenta los medios con que queda asegurado el cumplimiento del *modus*. Si se tratase de un *modus* en favor del donante, esos medios consistirían, como es sabido, en la concesión de una *condictio* y de una *actio praescriptis verbis*, y para el caso de ser el contenido del *modus* una prestación de alimentos, incluso con la concesión de una *utilis rei vindicatio* (90). La *condictio* es, con seguridad, la más antigua de esas tres acciones; y más recientes la *actio praescriptis verbis* y la *utilis vindicatio*. Por tanto, cuando el *modus* era establecido en favor de una persona distinta del donante, se concedía a éste en el Derecho clásico, la *condictio*, y en los tiempos posteriores se le debió conceder también la *actio praescriptis verbis*, una vez que se admitió que la *estipulatio alteri dari* debía valer como *stipulatio incerti* en favor del estipulante. (V. anteriormente § 4.) Pero como respecto a la *stipulatio alteri dari* se mantenía rígidamente

---

(88) La redacción del texto de esta Const. en los Fragmentos Vaticanos, era, probablemente, esta: *Quotiens donatio ita conficitur, ut post tempus id quod donatum est alii restitatur, veteris iuris auctoritate rescriptum est, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur stipulatus non sit placiti fide non servata ei qui liberalitatis auctor fuit vel heredibus eius condictitiae actionis, persecutionem competere. Sed cum postea benigna iuris interpretatione divi principes ei qui stipulatus non sit utilis actiones iuxta donatoris voluntatem decernendam esse admiserit, actio quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret, potuit decerni, si quae proponis vera sunt, tibi accomodabitur.* (Las palabras que están en tipo distinto al general del texto, han sido reconstruidas.)

(89) *Beiträge*, pág. 83.

(90) Véase REGELSDORFER, *Pandekten*, vol. I, págs. 619-20.

el principio de la nulidad para tercero, lo mismo debía suceder con relación al *modus* a favor de tercero; si bien en el caso de donaciones *sub modo* en favor de tercero, podía aparecer injusta, en determinadas circunstancias, la exclusión del tercero, ya frente al donatario ya frente a los herederos del donante. Piénsese, por ejemplo, en el caso de ausencia del donante, o en cualquier otro impedimento suyo; o en el caso en que sus herederos, por razones de interés personal, rehusaran dirigirse al donatario para obligarle a cumplir el *modus*. En todas esas hipótesis resulta evidente que el donatario se hubiera enriquecido *contra la voluntad del donante*, y por ello es también evidente y natural que se buscara soluciones para tales hipótesis realmente posibles. Y si se considera la naturaleza de la necesidad que era preciso atender, se verá claramente que ninguna medida podía parecer más adecuada, a todos los supuestos, que aquella a que acudieron precisamente los *divi principes* al conceder al tercero la facultad de obtener, *causa cognita*, una acción contra el donatario *iuxta voluntatis donantis*. Esta acción no era, ni podía ser, la *condictio* que le habría correspondido, como medio de obligar, al donante o a sus herederos (91); no era tampoco, ni podía ser, la *actio praescriptis verbis*, con la que el donante o sus herederos habrían podido obtener su propio interés con el cumplimiento del *modus* en favor del tercero, mientras que éste, *iuxta voluntatem donantis*, tenía derecho a exigir la ejecución o cumplimiento del *modus* directamente (92); por tanto, se trataba de una acción *sui generis*, diversa e independiente de las otras acciones que podían haber correspondido al donante o a sus herederos.

En esto precisamente nos separamos de EISELE, que opina que la acción concedida al tercero es la misma que podría haber correspondido al donante (93); mientras que, por otros motivos, estamos de acuerdo con él en creer que los Emperadores, con su *benigna interpretatio*, no quisieron en realidad establecer una excepción a la regla *alteri cavere nemo potest*, como preludeo a la doctrina moderna. Esos otros motivos consisten en que los emperadores no quisieron atribuir al tercero una

---

(91) Véase SAVIGNY, *Sistema*, vol. IV, pág. 349 (trad. de SCIALOJA).

(92) Es bastante vaga la opinión que ve en la *actio iuxta voluntatem donantis* una *actio praescriptis verbis*. Véase MEYERFELD, *Die Lehre von den Schenkungen*, volumen I, pág. 422 y sigs. En las *Basílicas* aparece atribuida a EUDOSIO.

(93) De opinión contraria BONFANTE, en la pág. 42, de sus *Lezioni*.

acción porque vieran en el *modus* un pacto válidamente concluído a favor del tercero, y, por eso no le concedieron esa acción por principio jurídico, sino sólo en virtud de *causa cognita*. No querían otra cosa sino garantizar simplemente al tercero una *actio iuxta voluntatem donantis* (y no según la voluntad de las partes contratantes, por tanto) (94), para el caso en que ello pareciese justo, dadas las circunstancias especiales del mismo. Por tanto, la acción que se concedía al tercero no procedía *ex pacto* (ya que propiamente no existe pacto en la donación *sub modo*), sino *ex decreto magistratus, ope legis* (95).

Sentado esto, para interpretar la constitución según su redacción en el código justiniano, debemos determinar el caso especial a que se refiere, y tratar de descubrir las intenciones que guiaron a los compiladores en la interpolación del texto Diocleciano. La reconstrucción del caso concreto se ha hecho de dos modos diversos. Unos sostienen que la *soror* a que se refiere la última parte del texto, es la donante misma, o sea aquella de quien proviene la *donatio sub modo*, y que la *Iulia Marcella* a quien se concede la acción, es simplemente aquella en cuyo favor debería haberse producido la restitución de la donación, *intra certum tempus*. Otros, por el contrario, opinan que la *soror* era la tercera persona en cuyo favor se había establecido el *modus* de la donación, y que *Iulia Marcella* era la heredera y obtenía la acción que habría podido corresponder a su causante. Ambas interpretaciones son posibles, en el fondo, pero preferimos la segunda, que, además, es la aceptada por la mayoría de los escritores (96). A ello nos lleva el contraste entre la primera y la segunda parte del texto, o sea entre el Derecho antiguo y el nuevo introducido con la *benigna interpretatio de los divi principes*. Contraste que consistía evidentemente en esto: que mientras el Derecho antiguo no concedía al tercero acción alguna, *nisi stipulatus esset*, el nuevo admitía que la acción le pudiese ser *decretada* en determinadas circunstancias. Ahora bien: la aplicación de este nuevo principio que se hace en la Constitución a favor de *Iulia Marcella*, está subordinada a la aplicación que del mismo se habría podido hacer en favor de la hermana; pero si la hermana hubiese sido

(94) *Beiträge*, pág. 83.

(95) Véase PFEIFER, ob. cit., pág. 446.

(96) No son eficaces las críticas que dirige contra ella ERXLBEN, *Die conditiones sine causa*, págs. 301-302.



la donante, no habría sido necesario recurrir a la *benigna interpretatio* para tener la acción, ni habría sido preciso tampoco que le fuera concedida la acción por el Magistrado; ella hubiera tenido su *conductio*, por *iure antiquo*. De esto se sigue que si la acción que corresponde a *Iulia Marcella* es la misma que hubiera correspondido a la hermana, y si esta era la *actio utilis*, evidentemente la hermana no era la donante, sino la tercera persona tenida en cuenta en la donación.

No se opone a esta interpretación el final del texto en que se dice que *Iuliae Marcellae actio accomodabitur*. Se podría pensar, en realidad, al examinar este final que si la *actio* se concede a *Iulia Marcella*, eso significa que no le corresponde a ella; ahora bien: si *Iulia Marcella* hubiera sido la heredera de la *soror* a quien correspondía la acción, habría debido tenerla *iure hereditario*, y como, por el contrario, la *actio* le es *concedida*, parece lógico concluir que en la realidad no era tal heredera. Este razonamiento tendría valor decisivo si la constitución hubiese sido dictada íntegramente por los compiladores, pero como al contrario, sólo fué por estos *retocada*, según hemos visto ya, pierde toda su fuerza e importancia. En la constitución original no se concedía al tercero, tenido en cuenta en el *modus*, un derecho suyo propio, sino solamente se admitía la posibilidad de que pudiera obtener del Magistrado una *actio ex decreto* (97). El heredero del tercero tenido en cuenta en la donación, por tanto, no podía realmente obrar, sino que sólo podía pedir al Magistrado que le concediese aquella acción *que podría haber sido concedida* a su causante. En el Derecho justiniano, aquella inicial posibilidad de obtener la acción quien había sido tenido en cuenta en el *modus*, se había transformado en un auténtico y verdadero derecho a la acción, y, por tanto, el heredero del tercero no habría tenido necesidad de implorar nada al Magistrado: habría encontrado la acción en la herencia. Sin embargo, si consideramos la Constitución en cuestión, tal como era en el Derecho clásico, y como es en el Código justiniano, no nos asombrará que las consecuencias de la reforma justiniana no hayan encontrado *en la forma de la misma Constitución* su completo desarrollo. Para que fuera así, los justinianos hubieran tenido que rehacer la Constitución entera; lo cual les

---

(97) Véase a este propósito a KRÜGER, *Ueber dare actionem und competere actionem in der iustinianische Compilation* (*Zeitschrift der Savigny's Stiftung*. Nueva serie, vol. 16, pág. 1.<sup>a</sup> y sig.).

debía parecer difícil y superfluo. Por tanto, dejaron el *tibi accommodatur*, que si era expresión más apropiada e idónea en el Derecho diocleciano, también era lo suficientemente clara e inequívoca en el Derecho justiniano, en el que toda distinción entre acciones útiles y directas está abolida expresamente.

Llegados a este punto, sólo falta averiguar el significado y la extensión de la interpolación justiniana. ERXLEBEN, que, como acabamos de decir, opina que en el caso concreto a que se refiere la Constitución examinada, la hermana de *Iulia Marcella* no era la tercera persona considerada como tal en la donación original, sino la donante misma, llega a la conclusión de que la decisión contenida en el texto no representa ni una excepción ni una desviación del principio de la nulidad de los contratos a favor de terceros (98). Para este autor, la *actio utilis* concedida a *Iulia Marcella* es la misma acción que ya correspondía a su hermana la donante, concedida, no ya en virtud de la voluntad contenida en la donación, sino en virtud de una posterior voluntad expresa, o simulada, o presunta, de la misma donante, de ceder la acción por ella adquirida (99). De análoga opinión es también EISELE, si bien no ha logrado bastante claridad en la forma de expresarla (100). La interpretación de ERXLEBEN, aunque ingeniosa, no nos parece aceptable, porque parte de un presupuesto erróneo. En efecto: ya hemos demostrado que la *soror* de que habla el texto no es la primer donante, sino aquella en cuyo favor se estableció el *modus* al pactar la donación original; la acción que se reconoce a *Julia Marcella* es la misma que pertenecía a su hermana, mas como esta acción era una característica y especial *actio iuxta voluntatem donantis*, así lo es también, necesariamente, la *actio* de *Julia Marcella*. Nos aproximamos así a la opinión de SAVIGNY, de WINDSCHEID y de ÜNGER; aunque, como veremos en seguida, no la acogemos íntegramente.

Según SAVIGNY, la acción reconocida en este texto a la hermana y —*iure hereditario*— a *Julia Marcella*, es una *actio utilis*, a semejanza de la *actio fideicomisaria*. A este propósito se habría producido una

---

(98) MUELENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, 13.<sup>a</sup> edición, § 10, pág. 98, nota 199.

(99) ERXLEBEN, ob. cit., pág. 305 y sig.

(100) ERXLEBEN, ob. cit., pág. 83.

evolución cuya última forma estaría representada por nuestra Constitución. Después de haber admitido que el favorecido con una donación *mortis causa* podía ser favorecido al mismo tiempo con un fideicomiso, y después de haber extendido este trato a las donaciones revocables, habría llegado al fin el Derecho romano a aplicarlo también a la *donatio sub modo* en favor de tercero (101). Contra esta interpretación de SAVIGNY ha presentado muchas objeciones ERXLEBEN (102), que ataca más las exageradas deducciones sacadas por otros autores de las observaciones de SAVIGNY, que la parte de verdad que en ellas hay indudablemente contenida. En efecto: SAVIGNY no ha defendido precisamente que los *divi principes* y los justinianeos quisieran abolir, con su reforma, el principio de la nulidad de los contratos a favor de tercero, y menos aún que hubieran querido igualar la *donatio sub modo* al *fideicomiso*. Lo único que ha hecho, y bien agudamente por cierto, ha sido observar que, probablemente, los *divi principes* fueron inducidos a realizar su primera reforma por la analogía que la donación *sub modo* tiene con el fideicomiso. Y, si bien se mira, el reconocimiento concedido por los *divi principes* a la donación *sub modo* en favor de tercero, era precisamente tan limitado (*causa cognitio*) como lo fué en su origen el reconocimiento del fideicomiso. La comparación realizada por SAVIGNY es, por tanto, feliz y suficientemente fundada en sí misma. En cambio, es erróneo, a nuestro parecer, el querer deducir inmediatamente de ese cotejo, con argumentos puramente lógicos, todas las consecuencias posibles. Y en este error parece que ha caído WINSCHIED, y más aún que éste, UNGER. El primero, en efecto, extiende la decisión de esta Constitución a todos los casos en que se haya querido imponer a un donatario una prestación cualquiera en favor de un tercero, e incluso a los casos en que el primer donatario no haya obtenido ventaja alguna de la donación; y justifica esta opinión diciendo que la circunstancia de haber recibido, o no, el primer donatario una donación, o un provecho, debe ser considerada como indiferente en cuanto se refiere a la acción del tercero (103). Tal extensión de la Constitución nos parece que es, evidentemente, arbitraria; y es indudable que no estaba en el pensamiento de SAVIGNY. Ese modo de obrar se debe a un

---

(101) *Sistema*, vol. IV, pág. 349 (trad. SCIALOJA).

(102) *Ob. cit.*, págs. 303-305.

(103) *Die Lehre des römischen Rechts der Voraussetzung*, 1850, pág. 174.

método de interpretación de los textos romanos, ya demasiado en boga, por la cual toda decisión de los juristas o de los emperadores, aun cuando particular, era considerada como *material de deducciones*, digámoslo así; como la formulación abstracta de un artículo legal, contra la intención de quien lo ha promugado, y contra su verdadera esencia y naturaleza.

Aun llega más lejos UNGER en su brillante pero igualmente superficial monografía. En ella afirma que la analogía entre la donación *sub modo* y el fideicomiso, puesta en evidencia por la mirada genial de SAVIGNY, debe ser profundizada todavía más. ¿Por qué no ha de poderse admitir que se pueda hacer mediante contrato lo que puede hacerse mediante legado? No existe un motivo jurídico para tratar de distinto modo las dos instituciones; los romanos habían decretado la nulidad de los contratos a favor de terceros bajo la influencia de un principio de ética nacional; pero atenuado muy pronto este principio, *ellos mismos* habían establecido excepciones a la nulidad, de las que la Const. 8 del Código sólo es un ejemplo. Estas excepciones tendían a hacer posible en los actos *inter vivos* aquel cuidarse de los intereses de otros, que solía darse, al principio, solamente en los actos *mortis-cáusa*. La validez de los contratos a favor de tercero debe considerarse, pues, como la consecuencia de la equiparación de estos contratos a los legados y a los fideicomisos, equiparación que sólo encontraba obstáculo, en la época romana, en un principio ético nacional. No insistiremos en refutar estas ideas que han sido objeto ya de severas y justas críticas: bastará destacar cómo se intenta dar con ellas una interpretación muy amplia a la Const. 3 citada, y emparejada con la de WINDSCHEID.

Me parece que, si se quiere frenar un poco la fantasía, es fácil demostrar lo inadmisibile de tal interpretación, ni siquiera en el Derecho justiniano. La Const. justiniana está estudiada atendiendo a su forma antejustiniana y a todos los textos clásicos sobre la nulidad de los contratos a favor de tercero, acogidos, expresa y conscientemente, por los compiladores justinianos en el Digesto y en el Código. En su forma clásica no constituía una excepción verdadera y propiamente dicha, al principio de la nulidad; sólo contenía un principio de *derecho particular*, introducido para el caso concreto por ella considerado. Sería preciso demostrar, pues, que los compiladores habían querido introducir con sus retoques aquella reforma de los principios que, cier-

tamente, no había pasado por la mente de los *divi principes*. ¿Es posible hacer esa demostración? Creemos que no.

Ante todo, téngase presente que la donación *sub modo* era considerada por los juristas romanos y en las Constituciones imperiales, como un *negocio único*; nada indica en las fuentes romanas que la aceptación de la donación por parte del donatario fuese considerada como si llevara en sí misma la promesa, por parte de éste al donante, de cumplir el *modus* (104). Tal modo de concebir este negocio jurídico se mantiene firme también en el Derecho justiniano, y también por Derecho justiniano debe rechazarse el que la donación *sub modo* fuese considerada como un *verdadero y auténtico contrato a favor de tercero*. Esto se halla confirmado por la circunstancia, que de otro modo sería extraña, de que en la Constitución no se haga la menor indicación a una innovación de principios que ella quisiera introducir, y además, por la consideración de la índole misma de la interpolación en ella efectuada. Mediante esta interpolación, en efecto, se suprimía la *causae cognitio* de la que se hacía depender, en el Derecho clásico, si debía o no concederse la acción al tenido en cuenta en el *modus*, y se concedía ésta, sin más, como norma. Para los compiladores pudo haber sido decisivo, no tanto la consideración del caso concreto cuanto la tendencia general a suprimir la institución de la *causae cognitio*; de donde se puede decir, sin error, que esta interpolación debe colocarse entre aquellas puramente rutinarias, más bien que entre las dirigidas, conscientemente, a un fin prefijado. Pero si no puede decirse que la donación *sub modo* sea un contrato a favor de terceros, si tampoco puede afirmarse con certeza que con la interpolación expuesta se propusieran los compiladores reconocer un contrato de tal clase, parece justificado el opinar que tampoco por Derecho justiniano contenga la Constitución 3 del Código, VIII, 54, el reconocimiento del verdadero y auténtico contrato a favor de tercero, en el sentido de la moderna doctrina (105).

---

(104) V. PERNICE, *Labeo*, III, 1. pág. 201, nota 3, contra la opinión de ERXLEBEN, ob. cit., II, pág. 290.

(105) En cuanto se refiere a la relación entre la *actio utilis* reconocida al tercero considerado en el *modus* y a su heredero, y la *condictio* del donante, es preciso distinguir entre el derecho clásico, anterior a la *benigna interpretación* de los *divi principes*, el derecho clásico posterior a ella y derecho justiniano; en el primero,

## § 14. DEL DEPÓSITO «IN PUBLICUM» A DISPOSICIÓN DEL ACREEDOR

Const. 19 del Código IV, 32.

IMPP. DIOCLETIANUS et MAXIMINIANUS AA. et CC. AURELIAE IRENAE.

*Acceptam mutuo sortem cum usúris licítis creditori post testationem offer ac, si non suscipiat, consignatam in publico deponet, ut cursus usurarum legitimarum inhibeat. § 1. In hoc autem casu publicum intellegi oportet vel sacratissimas aedes vel ubi competens iudex super ea re aditus deponi eas disposerit. § 2. Quo subsecuto etiam periculo debitor liberabitur et ius pignorum tollitur, cum Serviana etiam actio manifeste declarat pignoris inhiberi persecutionem vel solutis pecuniis vel si per creditorem steterit quominus solvatur. § 3. Quod etiam in traiecticiis servare oportet. § 4. (Creditori silicet actione utili ad exactionem earum non adversus debitorem, nisi forte eas receperit, sed vel contra depositarium vel ipsas competente pecunias.)*

También esta Constitución es considerada generalmente como auténtica (106). Sin embargo, nosotros no dudamos en distinguir en ella dos partes, una de las cuales, formada por el principio y los §§ 1, 2 y 3, la tenemos realmente por diocleciana, mientras que la otra, el § 4, creemos que se debe atribuir a los compiladores justinianos. A esta opinión inducen varias consideraciones, y, sobre todo, el creer que la Const. 8, Cód. III, 42, fué interpolada por los compiladores. Una vez admitido, como lo admitimos nosotros, que los emperadores no quisieron apartarse de la regla *alteri stipulari nemo potest* con la Constitución aludida (que presupone que el depositante haya pactado expresamente la restitución del depósito a favor de *dominus rei* (tercero en este caso), tienen que admitirse también que tampoco quisieran apartarse de

---

el donante tenía la *condictio* y el tercero no tenía acción alguna, a menos que hubiese sido estipulada del donatario; en el segundo, tenía el donante la *condictio*, pero sólo cuando no se hubiese decretado en favor del tercero la *actio utilis*; en el último, el donante no tenía acción alguna.

(106) Por ejemplo, KOHLER. *Annahme und Annahmeverzug* («Jahrbuch für die Dogmatik, núm. 7, V), pág. 317, en donde refiriéndose al § 4 de la Constitución, designa a los Emperadores Diocleciano y Maximiniano como «grandes beneméritos de la teoría de los contratos a favor de terceros». Véase también UNGER, en la obra citada, págs. 49 y 51; EHRENZWEIG, ob. cit., pág. 68, nota 21; EISELE, *Beiträge*, no se ocupa en absoluto de esta Constitución.

la citada regla en el caso concreto de la Const. que ahora examinamos, en la que no aparece en modo alguno que el depositante hubiese pactado expresamente la restitución a favor del acreedor. La eficacia de esta argumentación está reforzada por la falta de nexo lógico entre su primera parte y el § 4 de la misma, y por la consideración de las características gramaticales y lingüísticas de ese párrafo atribuido por nosotros a los compiladores. En efecto: en la primera parte de la Constitución tratan los emperadores de los efectos del depósito en las relaciones entre deudor y acreedor. Establecen los caracteres que debe revestir la *depositio* y determinan sus consecuencias, que no consisten en que el deudor quede completamente liberado de la obligación, sino más bien en quedar libre del pago del interés, del riesgo y del peligro, y en quedar extinguida la fianza que pudiera existir en garantía de la deuda. Los emperadores no se ocupan de las relaciones entre depositario y acreedor.

Frente al desarrollo de la primera parte de esta Constitución, que termina con el § 3, la concesión, en el § 4, de una *actio utilis* al acreedor contra el depositario y... *contra ipsas pecunias*, constituye una sorpresa y una disonancia. En toda la primera parte, en efecto, se presupone que el acreedor puede obrar siempre contra su deudor inicial, salvo el derecho de éste a declinar toda responsabilidad por destrucción fortuita de lo depositado, y por el pago del interés desde el día en que se inició el depósito. Ahora bien: con estos antecedentes, ¿cómo puede ser considerada la concesión de la *actio utilis* contra el depositario como un corolario de los principios desarrollados en la Constitución? Si en virtud del depósito se hubiese querido atribuir la acción al tercero contra el depositario, se habría ciertamente declarado extinguida la obligación del deudor depositante para con el acreedor. Pero de las palabras *nisi eas receperit* del § 4 del texto en examen, y del frg. 7 del Digesto, 22, 1, resulta claramente que no fué ese el modo de tratarse este caso en el Derecho clásico, y tampoco en el justiniano.

En el fragmento del Digesto aludido, tomado de PAPIANO, se trata del siguiente caso concreto: Ticio, un deudor, se había presentado a su acreedor Cayo para pagarle una deuda con interés que con él tenía, y habiendo rehusado Cayo recibir tal pago, Ticio *obsignavit* y *deposuit*. Habiendo exigido Cayo posteriormente que se le pagara su crédito, se supone que Ticio hacía caído en *mora*, y para tal caso decide PAPIANO que los intereses deben empezar a correr desde el momento de la

*mora*. Ahora bien, está claro el presupuesto de esta decisión: si Cayo podía colocar en *mora* a Ticio por la suma debida, incluso después de haber constituido Ticio el depósito, es que Cayo no tenía derecho a exigir la restitución al depositario. De no ser así, ¿no sería absurdo cargar sobre Ticio todas las consecuencias de la *mora* respecto a Cayo si éste hubiera podido hacerse restituir la suma depositada, y de la que era acreedor, por el depositario de la misma? (107).

Es verdad que siempre podría admitirse que los emperadores hubieran querido cambiar el punto de vista intencionadamente; pero se oponen a esta hipótesis, de suyo poco verosímil, la forma y el estilo en que se habría realizado ese cambio en el § 4 del texto examinado. El estilo y la forma revelan la mano de los compiladores. El ablativo absoluto (que rige toda la proposición de que consta el § 4, dirigida a completar y sellar el desarrollo de la argumentación), es sintomático de las interpolaciones, y como tal reconocido generalmente por los más competentes investigadores de las mismas. A eso se añade el *nisi eas receperit*, que reúne y empareja la concesión de la *utilis actio* al acreedor, con la acción que, en la parte anterior del texto, se supone atribuible al deudor, y por fin, la expresión *actio contra ipsas pecunias competens*; con todo lo cual, apenas se puede dudar de que estamos frente a una interpolación más.

Falta ver ahora, dado que el § 4 sea, como creemos, justiniano, qué significación deba atribuírsele. Algunos autores han querido constatar en él el reconocimiento de un contrato válido a favor de tercero (108); otros, por el contrario, descubren simplemente una nueva aplicación de la figura jurídica de la representación directa (109). La

(107) UNGER, en la ob. cit., pág. 50, admite que en el frg. 7 del Digesto 22, 1, se trate de un depósito efectuado por el deudor a sí mismo. Pero esto no es muy necesario.

(108) REGELSBERGER. *Kritische Vierteljahresschrift*, XI, pág. 565; KOHLER, obra citada, pág. 317, y CAREIS, ob. cit., admiten que haya en el caso concreto de la Const. 19, un contrato a favor de tercero, pero sólo en el supuesto de que a ello haya sido dirigida la voluntad de los contratantes (!).

(109) En este sentido, KOCH, en su *Das Recht der Forderungen*, vol. II, pág. 672 (2.<sup>a</sup> edición, Berlín, 1859), y SCHMID, *Cession*, I, págs. 442 y sig. En contra de esta opinión se manifiesta eficazmente UNGER, ob. cit., págs. 49-50; el cual niega, sin embargo, que exista en este caso un contrato válido a favor de tercero, ya que el depositante, al depositar, obra en el propio y exclusivo interés.



doctrina jurídica no ha llegado aún, que yo sepa, a librarse de estos pareceres alternos. Pero ni uno ni otro de ambos modos de considerar el derecho concedido al acreedor en esta Constitución puede resistir una crítica severa. Con toda seguridad creo que debe rechazarse la interpretación que atribuye al modo de considerar los compiladores el caso concreto de la Constitución, la figura de un contrato válido a favor de tercero, en el sentido técnico de la doctrina moderna. Ante todo, debe rechazarse el que los compiladores pudieran partir del presupuesto de que el depositante se hubiera puesto de acuerdo con el depositario con el fin de atribuir un derecho (acción) al acreedor. Del texto, al que los compiladores añadieron el § 4, se puede deducir, más bien, que el depositante no pretendía otra cosa que librarse de la obligación de pagar intereses, y del riesgo; tan lejos estaba de pensar en conceder una acción a su acreedor contra el depositario, como en cerrarse a sí mismo la posibilidad de raclamar la suma depositada. Por otra parte, tampoco puede decirse que los compiladores atribuyeran al acreedor las acciones que le atribuían, en virtud del contrato de depósito realizado por su deudor. Verdad, en fin, que estas acciones tenían un contenido más amplio, y más limitado a la vez, que el que deberían tener como propio si hubieran estado fundadas en un contrato a favor de tercero. En efecto: de una parte, la acción concedida contra el depositario estaba sometida a la condición de que el depositante no hubiese pedido ya la restitución del dinero depositado (110); por otra, la acción concedida contra *ipsas pecunias* excedía, por su naturaleza, los límites de una acción nacida de un contrato: esta era una acción real.

Parece, pues, que deba rechazarse la posibilidad de que la decisión contenida en el § 4 de la Const. 19 del Código que examinamos, haya de explicarse como si fuera el reconocimiento de un contrato válido a favor de tercero (111).

Pero también el punto de vista de la representación es inadecuado para dar una clara idea del texto examinado. Realmente, ¿cómo pue-

---

(110) REGELSBERGER, seguido en esto por KOHLER, lugar citado, no da importancia alguna a esta circunstancia, pero es evidente que el derecho del tercero queda, por esta posible restitución, al arbitrio del depositante.

(111) EHRENZWEIG, ob. cit., pág. 68, nota 11.

de admitirse que el deudor, al depositar la suma debida que no ha querido recibir el acreedor, haya querido y haya podido representar válidamente al mismo acreedor? No puede imaginarse una forma de concebir más retorcida y contraria a la verdadera índole de la relación jurídica, tal como se presenta en la vida. Estaríamos en tal supuesto, frente a un caso de representación *prohibente domino*, que sólo producirá sus efectos, además, a condición de que el representante perseverase en su voluntad de representar. Esto es inadmisibile; por de pronto, el depositante no quiere representar en caso de depósito judicial sino a sus propios intereses; más, aun aceptando que hubiera querido representar al propio acreedor, ¿cómo se la habría podido conceder después la facultad de repetir (reclamar), a su arbitrio? Por tanto, tampoco con la teoría de la representación se logra iluminar suficientemente la relación y la decisión contenidas en el § 4 de la Const. 19 del Código, IV, 32. Lo que quiere decir que el dilema: o contrato a favor de tercero o representación, no tiene valor en el caso presente.

La innovación que se introdujo en esta Const. con su § 4, se refiere, a nuestro parecer, exclusivamente a la institución jurídica llamada *depósito judicial*; sólo en este campo limitado encuentra ese párrafo su explicación y su justificación (112). Con su innovación intentaron los compiladores reformar aquella institución, sin conseguir darle, sin embargo, una base completa y orgánica. En el Derecho clásico, el depósito *in publico* no era considerado, probablemente, como un modo de extinguir la obligación, sino sólo como un medio de impedir algunos y determinados efectos de la obligación misma, en caso de mora por parte del acreedor. El deudor, al depositar, no perdía su derecho a disponer del objeto en que consistía su deuda; el depósito servía, sola-

---

(112) Los textos principales que son oportunos aquí, son los siguientes: frg. 73. Dig. 3, 3; frg. 7, § 2, Dig. 4, 4; frg. 1, § 36, Dig. 16, 3; frg. 4, Dig. 40, 7; frg. 64. Dig. 46, 1; c. 10, Cód. VII, 72; frg. 72, Dig. 46, 3; c. 6, 9, Cód. IV, 32; c. 8. Cod. VIII, 28; c. 9, Cód. VIII, 43; frg. 1, § 3, Dig. 22, 1; frg. 28, § 1, Dg. 26, 7; cfr. c. 7, Cód. 4, 54; frg. 8, Dig. 18, 3, A. KOHLER, en *Arch. für bürg. Recht XV*, 1, 34. Del examen detenido de estos textos deduzco la convicción de que la teoría del depósito judicial no había conseguido el desarrollo que merecía. Por otra parte, ya se sabe que falta todo género de datos sobre los puntos fundamentales de la figura jurídica del llamado depósito judicial, y, por tanto, que es imposible trazar su historia con seguridad.

mente, para atestiguar que estaba pronto a cumplir su obligación. Con este sistema se conciliaban admirablemente los opuestos intereses del deudor y del acreedor, sin destruir el vínculo obligatorio existente entre ellos. Sin embargo, este sistema no era, ciertamente, el único lógicamente concebible, ni puede decirse que no presentara también algunas desventajas. Se podía entrar también en otro orden de ideas, para el que daban pie decisiones romanas antiguas. Así podía pensarse en liberar completamente al deudor que hubiese escogido el depósito *in publico*, remitiendo el acreedor hacia el depositario. De estos dos puntos de vista posibles, el primero prevalece, en nuestra opinión, en las varias decisiones clásicas que se refieren a la *mora* del acreedor. En el § 4 de la Const. examinada, se afirma, por el contrario, el segundo, aunque no de un modo decisivo y resuelto. Los compiladores no supieron sacar de él todas sus consecuencias lógicas: el *nisi receperit* del § 4 de la Const. testimonia el resultado poco feliz del maridaje realizado entre los principios del Derecho clásico y la nueva idea que acogían los compiladores. Por tanto, según el Derecho justiniano, el principio de la prevención es el que determina quién pueda reclamar al depositario la devolución de la suma depositada (113).

§ 15. OTROS CASOS DE PRETENDIDA INVALIDEZ DEL CONTRATO A FAVOR DE TERCEROS

Para completar el estudio de las fuentes romanas sólo falta tratar brevemente de una serie de textos que han sido tenidos en cuenta por muchos autores, en relación con la teoría de los contratos a favor de terceros.

I. En primer lugar, nos ocuparemos de aquellos que tratan de los efectos del pago de una deuda ajena, realizado por persona no autorizada *ignorante vel invito debitore* (114). Tal pago, como ya es sabido, es liberatorio; consiguientemente, atribuye al deudor el derecho

---

(113) KOHLER, *ob. cit.*

(114) Cfr. frg. 17, 23, 40, 61, 64, 66, del Dig. 46, 3; frg. 38 (39), del Dig. 3, 5; frg. 42 (43); Dig. cód. Inst. III, 19, pr.; Const. 1, Cód. VI, 49; Const. 5, 17, Cód. VIII, 43.

a rechazar al acreedor que quisiera después reclamar el pago, o obtener la restitución de la prenda que se hubiere dado en garantía de la obligación ya extinguida. Dado este antecedente, se comprende que haya podido parecer fundado el colocar en el número de los contratos válidos a favor de tercero el pago de deuda ajena, realizado *ignorante vel invito debitore*. Dicho pago puede ser considerado, realmente, en sentido lato, como un contrato, mientras es evidente que de él se derivan derechos para una persona (el deudor) que ha permanecido extraña absolutamente a su realización (115).

Sin embargo, una consideración más atenta lleva a desechar tal opinión, ya que la liberación del deudor no se produce aquí porque esa haya sido la concorde voluntad de las partes contratantes (116). En Derecho romano, es decisivo a este propósito que ninguno de los textos en que se atestigua la liberación del deudor indica, de cualquier modo que sea, que esta liberación choque con el principio *alteri cavere nemo potest*. Durante toda la evolución del Derecho romano, el principio de la validez del pago realizado por un extraño *ignorante vel invito domino*, ha conservado toda su eficacia sin ser puesto en relación con la doctrina de los contratos a favor de terceros.

Igualmente debe rechazarse que los efectos de pago realizado por extraño *invito debitore* hayan de explicarse en el Derecho romano con la teoría de la representación; o sea, admitiéndose que el pagador representaba eficazmente al deudor en el momento de realizar el pago. Y esto, no porque deba excluirse, *a priori*, la posibilidad de una representación válida contra la actual voluntad del representado (117), ya que, así como se admite dentro de ciertos límites y condiciones que el gestor pueda obrar contra el *dominus* que haya prohibido aquella gestión (118), también puede admitirse que le pueda representar, si bien *invito*, y contrate por él con tercera persona. Ni tampoco porque haya de reconocerse que las fuentes romanas *no* exigen que el pago se realice *a nombre del deudor*; estas fuentes, por el contrario, dicen unas veces

---

(115) Véase también e. g. GÖMORY, ob. cit., pág. 22 y 46.

(116) Véase antes en las págs. 30-31. Otras consideraciones en TARTUFARI, obra citada, págs. 334-335.

(117) Este argumento lo aduce EHRENZWEIG, ob. cit., pág. 35.

(118) Véase PACCHIONI, *Trattato della gestione degli affari altrui*, págs. 669-686.

que el pago realizado por el extraño se hizo *nomine debitoris*, y otras dicen que se hizo *pro debitore* (119) (120).

El verdadero motivo, por el cual debe rechazarse que el Derecho romano haya considerado al que paga como representante del deudor, se halla en que aquel Derecho no reconoció el *utiliter coeptum* como título de representación equiparable al mandato y a la ratificación (121), reconocimiento que es el presupuesto lógico necesario para poder considerar el pago de deuda ajena, realizada *invito debitore*, como un caso de representación.

Es preciso, pues, dar a este caso una explicación completamente especial. Y esta explicación se halla en el hecho de que la obligación está destinada, por su naturaleza, a morir; y en el hecho de que su muerte natural esté representada, precisamente, por el pago. La liberación del deudor, en el caso de pago realizado por un extraño, sin el consentimiento e incluso contra la prohibición del mismo deudor, no está ligada directamente al acto del pago, sino más bien está considerada como una consecuencia de la extinción del vínculo obligatorio que se produce de cualquier modo que sea satisfecha la deuda. Esta explicación no es nueva, pero la creemos persuasiva a pesar de las críticas que se le han hecho (122). Afirmar que sólo consiste en un juego de palabras dirigido a expresar, aunque bajo otra forma, el hecho de la liberación del deudor, no es una afirmación plenamente fundada (123). Nosotros logramos concebir la relación obligatoria en su *objetividad*, como un vínculo que liga dos o más personas, y por tanto, podemos concebir también que una causa determinada destruya este vínculo *objetivamen-*

(119) Cfr. frg. 42 (43), del Dig. 3, 5: *ejus nominis*; frg. 27, del Dig. 46, 3: *meo nomine*, y contrario: frg. 53, del Dig. 46, 3: *pro ignorante et invito*; frg. 40 del Dig. cód.: *pro me*; frg. 38 (29), del Dig. III, 5: *pro alio*; Inst. III, 29, pr.: *pro eo*, y Const. 17, del Cód. VIII, 43.

(120) Véase HRUZA, *Ueber das lege agere pro tutela*, Erlangen, 1887, pág. 15 y sigs., donde pone de relieve la distinción hecha entre el *agere nomine alieno* y el *agere pro alio*, en ciertos textos. Pero esta distinción no se halla mantenida rigurosamente en la mayor parte de los textos, debido, quizá, a su escaso valor práctico.

(121) V. PACCHIONI, *Trattato della gestione degli affari altrui*, pág. 478 y siguientes.

(122) Véase UNGER, ob. cit., pág. 52, nota 67, y COHEN, ob. cit., pág. 14.

(123) Véase TARTUFARI, ob. cit., pág. 334, y EHRENZWEIG, ob. cit., pág. 35.

te, esto es, prescindiendo de los efectos que esta destrucción pueda tener para las personas antes vinculadas. En este caso, por tanto, la liberación del deudor no puede ser considerada más que como una consecuencia indirecta de aquel suceso, y podemos darnos plena cuenta de ella aun sin tener que ligarla al acto que ha destruído el vínculo obligatorio mismo. Quien paga una deuda ajena rompe una cadena y libera así un prisionero; pero no quiebra necesariamente la cadena para librar al prisionero. La liberación del deudor se debe a que el acto de quien paga ha tenido la capacidad de extinguir la obligación que le sujetaba; lo que, en otros términos, equivale a decir que la obligación es un vínculo que puede ser resuelto aun sin el consentimiento y hasta contra la voluntad de quien se encuentra atado por él. Las imágenes y comparaciones aducidas para hacer más comprensible esa naturaleza de la obligación no deben ser rechazadas como vacías de todo contenido. En realidad expresan algo que existe realmente en el sistema del Derecho privado, y que tiene una razón de existir.

Naturalmente, es otro aspecto de esta cuestión el estudiar el origen de ese *algo*, y su función primitiva. ¡Cuán verosímil es que, en un principio, la tendencia a favorecer a los deudores contribuyese al nacimiento del principio por el cual todo extraño pudiera extinguir la obligación de otro! Intentábase, quizá, borrar, o atenuar al menos, las graves consecuencias con que el Derecho antiguo conminaba a los insolventes (124), consecuencias que si directamente afectaban sólo al deudor, acababan indirectamente por afectar y dañar al grupo familiar entero en que convivía aquél. Si se tiene presente que la sociedad romana antigua estaba organizada enteramente por *gens* y por *familias*, y se reflexiona sobre el fuerte sentido de solidaridad existente en tantos aspectos entre las varias familias de una misma *gens*, aparecerá con mayor claridad y más justificada la tendencia indicada antes a salvar al deudor insolvente. Las personas que debían intervenir con mayor frecuencia debían ser, naturalmente, aquellas que tenían un interés propio en salvar de la ruina al deudor. Y este interés propio debió ser la causa original de su intervención, así como la base sobre la cual, ya en el antiguo Derecho, se estableció el principio por el cual el que interviniera podía extinguir la obligación aun contra la voluntad del mismo

---

(124) Así piensa EHRENZWEIG, ob. cit., pág. 35.

deudor. Pero, es igualmente cierto que, cuando aquella primera organización social se fué transformando, y el antiguo rigor del Derecho contra los deudores insolventes fué atenuado, el antiguo principio permaneció igualmente eficaz. Pero permaneció, más que por otra razón, por la fuerza de la inercia, puesto que el pago *invito debitore* debía parecer ya, en muchos casos, inoportuno y hasta injusto (125). Esto viene a explicar cómo los compiladores del Código civil japonés, menos cargados por la tradición romana, excluyeran de su obra el que fuera liberatorio el pago de una deuda ajena hecha contra la voluntad del deudor.

II. Los textos que se refieren a las estipulaciones, y, en general, a los contratos a favor y a cargo de los herederos propios (126), tampoco tienen, en nuestra opinión, relación alguna con el tema de los contratos a favor de tercero. GAYO dice que la nulidad de las estipulaciones a favor de los herederos tenía su fundamento en esto: *quia inelegans visum est ab heredis persona incipire obligationes* (127). Y esta explicación, aunque poco idónea en sí misma, es suficiente, en cambio, para demostrar que la prohibición, en cuya justificación se invocaba, tenía un fundamento propio, independiente de la regla *alteri stipulari nemo potest* (128). En realidad, el mismo GAYO trata de las estipulaciones a favor de los herederos en aquellos párrafos de sus Instituciones en que se ocupa de la nulidad de las estipulaciones debida a la imposibilidad de las prestaciones que son el objeto de las mismas;

---

(125) Véase a este propósito GRUCHOT, *Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld nach heutigem deutschen Recht*, Berlín, 1871, págs. 21 y sigs.

(126) GAYO, III, 100, 101, 117, 158; frg. 37, § 8, frg. 38, § 12-14 del Dig. 45, 1: frg. 56, § 1, Cód.; frg. 45, § 2, Cód.; frg. 137, § 8, Dig. cód.; frg. 33, Dig. 2, 14; SCHEURL, en *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechtes*. Erlangen. 1853. III, páginas 102-120, reduce justamente todos los casos especiales tratados en el texto a un tipo único de *stipulatio post mortem creditoris vel debitoris concepta*. Cfr. BONFANTE, *Mandato post mortem*, «Jurisprudencia Italiana», vol. V, 1903, VASSALLI, *Di talune clausole con riferimento al «dies mortis», nel legato e nella stipulazione*, Florencia, 1910.

(127) SCHEURL, ob. cit., págs. 105-109 intenta demostrar que la regla *ex heredi persona obligatio inciper non potest* estaba limitada a las estipulaciones. De contraria opinión, VANGEROW, III, pág. 291.

(128) Con frecuencia se encuentran en la literatura jurídica opiniones opuestas a ésta, pero no se fundamentan. Véase, por ejemplo, UNGER, ob. cit., pág. 41, y TARTUFARI, ob. cit., pág. 31.

en ningún fragmento de los que tratan de estas estipulaciones se encuentra la más leve alusión a la doctrina de los contratos a favor de terceros.

La nulidad de las estipulaciones a favor de los herederos era objeto de estudio solamente en las relaciones entre el estipulante y el promitente. Si el heredero no podía adquirir una acción, era por la sencilla razón de que tampoco el *de cuius* la había podido adquirir. La nulidad en relación al tercero (el heredero) sólo era una consecuencia de la nulidad establecida para el estipulante. El expediente cautelar imaginado en el Derecho clásico para atenuar los efectos de la antigua regla (*mihi et heredi meo dari spondes*) confirma el significado a ella atribuido por nosotros aquí. Con aquel expediente se tendía, en efecto, a dar reconocimiento a los contratos a favor de los herederos convalidándolos, en primer término, frente al estipulante. Si se concedía, por tanto, al heredero el poder obrar en virtud del contrato celebrado por el *de cuius*, era una concesión fundada en su calidad de sucesor. Con esto se lograba también que la estipulación contratada para sí y para uno de los herederos produjera sus efectos, no sólo para éste, sino también para todos los otros (129).

Con su famosa Const. un. del Código IV, 11, no quiere JUSTINIANO introducir ninguna innovación radical. Sólo quiere dar validez para el estipulante, por principio, a las estipulaciones por él realizadas a favor de sus propios herederos, sin tener que observar el procedimiento cautelar arriba señalado. El *incipere actiones* de que habla se refiere, por tanto, a los efectos y no al nacimiento de la obligación. La *voluntas contrahentium*, que JUSTINIANO quiere tutelar, no es, pues, la voluntad de los mismos dirigida a atribuir derecho a los herederos del estipulante, *considerados como terceros*, sino la voluntad de hacer surgir una obligación válida para el patrimonio del estipulante, a pesar

---

(129) El único texto en que se admite expresamente que la *stipulatio* contratada en favor de un sólo heredero atribuya la *actio* a éste exclusivamente, es el fgr. 137, § 8, del Dig. 45, 1. VANGEROW, III, pág. 291, explica esta excepción por aquello de que en el derecho clásico las obligaciones que tenían por objeto un *facere*, sólo pasaban a los herederos *en cuanto* hubieran sido constituidas con ese fin. Desaparecida esta limitación en el derecho justiniano (Const. 13 del Cód. VIII, 38), quedaba sin base aquella excepción. Véase también las observaciones de SCHEURL, obra citada, págs. 113 y sigs.



de la dificultad ofrecida por la *conceptio verborum*, que excluía, de parte del estipulante, la voluntad y la posibilidad de hacer valer la obligación personalmente.

Por tanto, en el Derecho justiniano no hay que hacer distinción alguna entre el caso en que el *de cuius* haya estipulado *sibi et heredi suo*, y el caso en que directamente lo haga *heredi suo*, o *post mortem suam*, ya que en ambos la estipulación es válida, y la obligación de ella nacida produce sus efectos en provecho de todos los herederos (130).

III. Excluimos, por fin, del número de las fuentes que se refieren a la teoría del contrato a favor de tercero, el frg. 3, § 39, del Digesto,

---

(130) Véase SCHEURL, ob. cit., págs. 110 y sigs. De opinión contraria a la propuesta en el texto son, BUCHKA, en *Die Lehre von der Stellvertretung*, pág. 99; UNGER, ob. cit., pág. 44, y TARTUFARI, ob. cit., pág. 31. VANGEROW, III, pág. 291, distingue: si la estipulación ha sido concebida directamente a favor de uno de los herederos, éste adquiere la acción con exclusión de todos los otros; si ha sido concebida en favor del estipulante y de uno de sus herederos, éste adquiere también, pero a la vez, y en concurso con todos los demás herederos eventuales. Esta distinción de VANGEROW es ciertamente equivocada, y para demostrarlo me parece basta el frg. 45, § 2, del Digesto, 45, 1: *Si ita quis stipulatus sit: post mortem meam filiae meae dari? vel ita: post mortem filiae meae mihi dari? utiliter erit stipulatus: sed primu casu filiae utilis actio competit licet heres ei non existat*. Este texto ha sido abreviado evidentemente por los compiladores en consideración a la Const. un. Cód. VI. En él la fórmula original de la *stipulatio* debía ser *mihi et post mortem meam filiae meae dari!* (CZYHLARZ, *Das römische Dotatrecht*, pág. 442, nota 7; LENEL, *Pal.*, 2.976). Pero, ¿cómo habrían podido suprimir los compiladores el *mihi* si por el derecho justiniano se le hubiera atribuido tanta importancia práctica como sostiene VANGEROW? La *filia* de que habla el texto estaba considerada en su condición de heredera (argumento a contrario de las palabras *licet heres ei non existat*): el dejar o tomar el *mihi*, habría implicado (si fuera verdadera la teoría de VANGEROW), reservar para ella sola la acción o, por el contrario, extenderla a favor de todos los coherederos. En cambio, si se parte de la opinión sostenida en el texto por mí, la supresión indicada no sólo no tendría efecto alguno práctico, sino que habría estado en armonía plena con el espíritu de la innovación justiniana. Otra observación debe hacerse en relación con el frg. 45, § 2, antes citado, y es que el inciso que en él se contiene: «*sed primo casu... existat*», está, con toda verosimilitud, interpolado, precisamente por el frg. 45, del Digesto, 24, 3 (véase supra, pág. 40 y sigs.), ya que por derecho justiniano es preciso suponer para él todas las condiciones de hecho que forman la base del frg. 45, Dig. 24, 3. Cfr. VASSALLI, ob. cit., pág. 12, nota 2.

13, 5; el 10, § 2, y 28, § 1 del Digesto 2, 14, en cuanto creemos que se refieren a la doctrina de la representación (131). Igualmente excluimos todos los textos que tratan del *mutuo* realizado con dinero de otro (132). Estos textos son considerados generalmente como conteniendo una aplicación pura y simple de la figura jurídica de la representación, aunque este punto de vista quizá no es aceptable del todo. La regulación especial del *mutuo* hecho con dinero ajeno va unida a la organización bancaria romana; sólo un estudio que logre desentrañar completamente esa organización podrá arrojar luz suficiente sobre este punto. No tratamos del *receptum argentariorum* (133) ni de las multas sepulcrales (134), ni de otros negocios, en fin (135), que han sido relacionados y conducidos por eminentes autores hacia el concepto del contrato a favor de terceros; y lo hacemos así, ya porque la conexión de ellos con nuestra teoría nos parece bastante dudosa, ya porque creemos, sin la menor duda, que las fuentes de que nos hemos servido en todo este análisis y estudio son las decisivas, y, por tanto, que los resultados obtenidos de ellas no pueden sufrir alteraciones substanciales por causa de las escasas fuentes que se refieren a esos negocios jurídicos que no examinamos ahora.

§ 16. CONCLUSIONES RELATIVAS A LAS EXCEPCIONES ATRIBUÍDAS  
AL PRINCIPIO DE LA NULIDAD

De la minuciosa exégesis a que hemos sometido las fuentes del Derecho romano pueden deducirse dos fundamentales conclusiones con referencia a la historia y a la teoría de los contratos a favor de terceros.

En cuanto al aspecto histórico, sigue en pie la afirmación de que

---

(131) Véase EISELE, *Beiträge*, págs. 86-89.

(132) Véase SCHLOSSMANN, *Das Darlehn auf fremdem Namen* («Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart»). Bd. IX, págs. 505-552.

(133) BEKKER, *Recipere und permutare bei Cicero*, en la «Zeitschrift der Savigny-Stiftung», III, págs. 1-17.

(134) MERCKEL, *Ueber die sogenannten Sepulcralmulten*, págs. 128-131; MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, págs. 524-526.

(135) EHRENZWEIG, ob. cit., pág. 72.

en el Derecho clásico no se conoce ninguna verdadera excepción, propiamente dicha, al principio de la nulidad de tales contratos en cuanto al tercero. 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 los contratos a favor de terceros, 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.

Pero nuestro examen nos ha conducido a otro notable resultado. Tampoco en el Derecho justiniano se encuentra la aurora de la teoría moderna, en nuestra opinión. Diversos puntos de vista y motivos discrepantes inspiraron a los compiladores sus decisiones, de cuya generalización posterior se ha querido deducir el principio moderno de la validez de los contratos a favor de terceros. Y si es cierto que en ellas deba reconocerse una cierta tendencia de índole general, no puede hacerse consistir ésta en el reconocimiento de la validez de estos contratos, tal como la entiende la doctrina moderna, sino más bien en el reconocimiento, en una amplia escala, de la institución jurídica llamada *representación directa*.

Estas dos conclusiones a que nos ha conducido la cuidadosa exégesis de las fuentes, se encuentran confirmadas por otras consideraciones independientes, sobre las que es conveniente detenerse. Así por lo que se refiere a no ser clásicas las pretendidas excepciones, es muy notable que ya GAYO daba un implícito pero claro testimonio. En el Libro II, § 95, de sus Instituciones, después de haber expuesto la regla a que estuvo ligado durante toda la época clásica el principio de la nulidad de estos contratos, señala la única excepción (y según él, discutida) puesta a la tal regla: *tantum de possessione quaeritur, an per extraneam personam nobis adquiratur*. Las dudas a que se refiere GAYO fueron bien pronto superadas, puesto que ya en una Const. de SEVERO y ANTONINO del año 196 (Const. 1 del Cód. VII, 32), encontramos establecido, como principio de derecho reconocido desde bastante antes, el de poder adquirir la posesión *por medio de persona libre*. (Cfr. § 5, Inst. II, 9.) Y que, aparte de este caso, no avanzara la jurisprudencia por ese camino está confirmado explícitamente en la Const. 1 del Cód. IV, 24, del año 290, donde el dominio absoluto de la regla, con la excepción única de la posesión, está expresado con referencia especial a las estipulaciones, como *fuera de toda duda (indubii iuris*

*est, etc., etc.*). Ahora bien: la comparación de esta Const. de los emperadores Diocleciano y Maximiano, que no tiene trazas de interpolación, con otras de los mismos emperadores que contienen excepciones a la regla puesta en aquélla como absoluta e indubitada, ¿no ofrece de por sí un argumento más que suficiente para sospechar de la autenticidad de estas últimas?

En realidad, además de las sutiles observaciones de FABRO, de la comparación entre el pasaje de las *Basílicas*, 29, 1, 37, y la Const. 7 del Cód. V, 14, y de la Const. 3, del Cód. 8, 54, con el fragmento *Vaticano* 286, como consecuencia principalmente de la comparación entre la Constitución arriba citada, de los emperadores Diocleciano y Maximiano, con otras decisiones atribuídas a ellos mismos, habíamos llegado hace tiempo a la convicción de que las excepciones a la regla *alteri stipulare nemo potest* debían ser consideradas *todas* como justinianeas. Y en esta convicción nos confirmaban ciertas retorcidas transcripciones de la misma regla, que sólo podían explicarse con la intención, en los compiladores, de ponerla en armonía con desviaciones y aparentes excepciones por ellos introducidas. Así, en el frag. 3 del Digesto 43, 24, ULPIANO después de haber expuesto el principio de la validez de una *prohibitio* ejecutada *per procuratorem vel mercenarium*, quiere justificarlo demostrando que tal principio no choca con la regla *per liberam personam actio adquiri non potest*, y con este fin sostiene que la adquisición no se opera en este caso por obra del que prohíbe, sino que la *prohibitio* pone de manifiesto y en evidencia el hecho del cual surge la acción. No insistimos sobre esa explicación: basta hacer resaltar que ella presupone la existencia de la regla: *per liberam personam actio adquiri non potest*, tal como nosotros hemos afirmado hasta este momento.

Pero en el Digesto ha sufrido esta regla un modificación notable. En vez del *non potest*, se ha puesto un *non solet*. Ahora bien, parece indudable que esta modificación debe atribuirse a los compiladores. Con ella, en efecto, la regla toma un aspecto vago y poco concluyente, que no puede ser atribuído a ningún jurista clásico. Pero lo que más persuade a pensar así es que, si la regla hubiera estado concedida y expresada en esa forma en el Derecho clásico, no hubiera podido ULPIANO ver en ella un obstáculo al principio de la eficacia de la *prohibitio per procuratorem*. Fueron, pues, los compiladores quienes, al darse cuenta de la oposición, más o menos aparente, de la regla con las nuevas de-

cisiones por ellos introducidas, quisieron reformar la regla de ese modo, para hacerla conciliable con sus decisiones.

De esto tenemos una nueva prueba en el frag. 11, § 6, del Digesto 13, 7. También aquí la eficacia de la regla *per liberam personam obligatio non acquiritur* (136), aparece atenuada del modo más retorcido gracias a la inserción de las palabras *plerumque* y *non semper*. Estas dos limitaciones no hubieran tenido sentido alguno en el Derecho clásico, donde el principio de la imposibilidad de adquirir obligaciones por medio de personas libres se mantenía en toda su fuerza y vigor. Y al contrario, en el Derecho justiniano, tales palabras servían a maravilla para conciliar, en algún modo, la regla misma con las innovaciones de los compiladores. De ese modo se ponían a cubierto los compiladores de la tacha de incongruencia (137); no teniendo fuerza ni autoridad para rehacer los textos y organizar sistemáticamente las excepciones atribuidas a la regla antigua, se contentaron con bosquejar así unos remedios o soluciones, balbuceando una reproducción del texto, vaga y sin sentido.

Si, por fin, añadimos a estos argumentos el que proviene de haber comprobado que las limitaciones al principio de la nulidad fueron introducidas, en su mayor parte, en el Derecho postclásico y en el justiniano, podremos concluir, sin la menor duda, que aun prescindiendo del examen de cada uno de los textos particulares en los que se hallan las pretendidas excepciones, existen en nuestras fuentes indicios suficientes para opinar que las pretendidas excepciones no fueron clásicas, sino justinianas. Del mismo modo que PERNICE, para demostrar que no es clásica la teoría del interés como base de la validez de las *stipulationes alteri* entre las partes contratantes (138) aduce el no ser clásicas las excepciones aplicadas a la regla, así nosotros, en apoyo y defensa de ésta, podremos aducir la demostración de aquella falta de claridad. En

---

(136) ULPIANUS, libro trigesimo quinto ad Sabinum.

*Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non acquiritur, adeo ut ne per procuratorem plerumque vel tutorem acquiratur...*

Y esta: *ipsam autem obligationem libera personam nobis non semper acquirit.*

(137) WISSENBACH, *Emblemata tribobiani*. (Variorum opuscula ad cultiorem jurisprudentiam ad sequendam pertinentia. Tom. IX, Pipis MDCCXXI, pág. 41). Este autor había ya señalado y tratado de explicar esta interpolación. De la misma manera, MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession*, pág. 102, nota 209.

(138) *Labeo*, III, 1, pág. 194, nota 2.<sup>a</sup>

realidad, las diversas partes de esta institución jurídica tienen tan estrecha conexión mutua, que los resultados obtenidos en una de ellas se reflejan necesariamente en las demás, y sirven para iluminarlas.

Se puede ver una confirmación de los resultados que hemos obtenido en el Derecho justiniano, en la circunstancia de no existir la menor relación mutua entre las diversas excepciones particulares. Esta circunstancia no tendría ningún valor si cada una de ellas hubiera sido introducida, sucesiva e independientemente, por obra de los varios fautores del Derecho clásico; pero adquiere, en cambio, notoria importancia, por estar demostrado que todas ellas provienen de la misma fuente, esto es, de los compiladores. Con este dato real a la vista, ¿no es natural y lógico pensar que si con ellas se hubiera querido afirmar un nuevo principio de Derecho, o si en ellas se hubiera reconocido una cierta unidad de fundamentos, hubieran sido relacionadas y unidas en alguna forma? Hay, en fin, otro hecho al que nos parece que no se ha prestado la debida atención. En ninguna de las excepciones justinianas se destaca y hace constar que se halle en oposición con la regla *alteri stipulari nemo potest*. Todas ellas vienen introducidas, no *contra*, sino *a parte*, casi diríamos *al lado* de la regla, la cual conserva, por tanto, todo su vigor y eficacia. De ese modo aparece reconocida en el Derecho justiniano la representación en vasta escala; del mismo modo fueron consolidándose todas aquellas excepciones que no pueden reducirse al tipo de la representación. Para cada una de ellas encontramos que existieron determinantes motivos legislativos de índole diversa y distinta. El estudio de estos motivos, considerado universalmente como necesario para comprender y apreciar justamente la importancia y alcance de las innovaciones particulares, lleva a negar que tuvieran una causa original única y común. Lo cual ya había sido observado y destacado por BRINZ: sólo el haber creído que eran clásicas todas las excepciones le llevó a teorizar sobre este punto más de lo necesario. Pero el haber comprobado que todas estas excepciones son justinianas facilita la tarea de su conocimiento particular. La época justiniana fué época de fermentación, si no de verdadero renacimiento jurídico; en realidad, los compiladores justinianos no fueron simples compiladores. Fueron provistos por Justinianos de plenos poderes legislativos, y se sirvieron de ellos ampliamente cuando les pareció útil. Tenían conciencia de legisladores, y, al cambiar, abrogar y renovar, no se sentían ligados a precedentes doctrinales. Sus innovaciones estaban destinadas a

valer parejamente con el Derecho clásico por ellos recibido, *tamquam ex ore imperatoris profusae*; bastaba, pues, que encontrasen en ellas mismas su justificación. Por eso también el intérprete debe tener presente siempre que la interpolación es ley, y ley nueva, la cual, si a menudo se une a todo el sistema clásico de principios, y puede y debe estar iluminada por ellos, también a menudo permanece completamente aislada. Mientras se está seguro de estar sobre terreno clásico está bien el intentar dirigir toda decisión particular a una institución o a un principio orgánico de Derecho, pero cuando, por el contrario, se entra en el bosque del Derecho justiniano, es preciso utilizar este procedimiento con toda parsimonia para no ir más lejos que lo querido por los compiladores bizantinos, más inclinados al análisis que a la síntesis, y a la casuística legislativa que a la proclamación de nuevos principios.





SEGUNDA PARTE  
DERECHO MODERNO



## CAPITULO PRIMERO

# LOS CONTRATOS A FAVOR DE TERCERO EN LA DOCTRINA GERMANICA DEL SIGLO PASADO

### § 1.º LA TENDENCIA DE LA DOCTRINA GERMÁNICA

Por haber escrito GAREIS una historia de las doctrinas relativas a estos contratos, que fué reproducida después por PANOFSKI, por TARTUFARI, y, más recientemente, en una rápida síntesis, por DNIESTRANSKI, no es preciso volver sobre este orden de estudios. Y no tanto porque los resultados obtenidos por el primero, aceptados en su mayor parte por sus seguidores, nos parezcan aceptables y completos en absoluto, sino más bien porque los materiales recogidos por él son suficientes para demostrar que la doctrina del Derecho común, aunque haya tenido en ciertos momentos la idea de hacer del contrato a favor de tercero una institución jurídica independiente, no ha logrado nunca formarse un concepto claro e independiente del mismo: siempre ha predominado en ella, de modo absorbente, la idea de la representación. El reconocimiento de contratos válidos a favor de tercero, cuando no representa la consolidación de instituciones exclusivamente nacionales (a pesar de la recepción del Derecho romano), está vinculado siempre a la teoría de la representación, de la que no es sino un reflejo. No podemos asombrarnos de esto. Las dos instituciones tienen, en realidad, una afinidad sustancial; sus destinos están estrechamente conectados, y así como en el Derecho romano la representación se veía obstaculizada por una prohibición que afectaba más directamente a lo que el Derecho moderno y su doctrina civilista considera como contrato a favor de tercero en sentido técnico, así en la teoría del Derecho

común la proclamación de la admisibilidad de la llamada representación directa ejerció una gran influencia sobre los destinos del contrato a favor de tercero. Esa admisión preparó y abrió el camino a estos contratos, y los presentó a la doctrina del siglo pasado, si bien bajo la forma de confusos despojos, y ésta los acogió, los alimentó y logró, por fin, abrirles las puertas de la legislación.

No creemos haya la menor duda sobre que sólo a la doctrina jurídica del siglo pasado estuvo reservada la tarea de bautizar definitivamente esta nueva institución, así como exponer su origen y el camino recorrido por ella. Una prueba de ello se tiene en la determinación lógica de su concepto que hemos trazado en la introducción de esta obra, siguiendo las investigaciones más recientes. El concepto del contrato a favor de tercero es un paso adelante en la teoría de la representación directa; su definición queda separada y alejada de esa otra figura jurídica; su reconocimiento supone una distinción neta entre su naturaleza íntima y la de la representación directa. Ahora bien: ese cuidadoso trabajo de discriminación de conceptos, del que se deriva la figura lógica del contrato a favor de tercero, no se realizó hasta el siglo pasado. Sólo el siglo XIX se planteó el grave problema y lo discutió a fondo (1). Es verdad que sobre este punto no existe unanimidad de puntos de vista y de resultados, ya que los diversos autores conciben de diverso modo el criterio de distinción de tales conceptos, pero eso en nada perjudica a las conclusiones que aquí exponemos. Siempre queda como indiscutible que, de un modo u otro, sólo mediante esos estudios se llega a dar a estos contratos un concepto autónomo, una vestidura propia, y, por tanto, también un puesto reservado en el sistema del Derecho privado y en los más recientes Códigos.

No es necesario aquí examinar en seguida cuál sea la consistencia de esa autonomía, si es necesaria o útil, si representa un progreso verdadero o en cuánto lo representa en realidad; ni, en fin, si es o no una forma inflada de una sustancia limitada y restringida. La cuestión más importante, y que en el fondo tiene más interés científico, es conocer cómo se ha producido. Estudiar las causas remotas y próximas en la formación de una institución nueva es siempre interesante y útil. Y aun lo es más el estudio referente a nuestro caso, ya que su origen tiene

---

(1) Véase ZIMMERMANN, *Die Stell. N. g.*, pág. 50; y más adelante, el § sobre *La representación y los contratos a favor de tercero.*

realmente algo poco corriente y forzado. Leyendo y relejendo manuales y monografías de Derecho romano y germánico hemos llegado al convencimiento de que dos rasgos fundamentales de la ciencia jurídica moderna son los que han contribuído a la formación de la *nueva teoría del contrato a favor de tercero*. Por una parte, la índole analítica y reconstructiva de gran parte de la doctrina civilista; de otra, la lucha entre el Derecho romano y el germánico, y más aún entre romanistas y germanistas. El primero ha llevado a especular sobre la posibilidad lógica de un concepto del contrato a favor de tercero independiente de la representación, y superior a los especiales y particulares contratos a favor de tercero, admitidos como válidos por la práctica judicial, y consuetudinariamente en el Derecho postjustiniano hasta hoy; ello ha conducido a *construir este concepto lógico*, que después debía pedir bautismo y albergue en el sistema del Derecho privado. Aquella lucha y conflicto de doctrinas ha llevado a una exagerada reacción contra el Derecho romano, reacción que podrá ser explicada, pero jamás justificada, por la estrechez y el ciego conservadurismo de algunos romanistas.

Así, en cuanto se refiere al principio *alteri stipulari nemo potest* se comprende que aquella doctrina postromana que le había privado de toda eficacia, como prohibición de la llamada representación directa, fuese llevada a negarle también todo valor en cuanto se refiere a los contratos a favor de tercero. Pero esta tendencia hubiera permanecido en estado embrionario si una serie de romanistas no se hubiera dedicado a demostrar que no sólo el contrato a favor de tercero es nulo por principio, según el Derecho romano, sino que no puede ser mas que nulo, ya que a su validez se opone el concepto de la obligación, el de contrato, la teoría del interés y tantos otros.

A los argumentos sacados de este arsenal de escuela contestaron encantados sus adversarios, diciendo 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 romanista; el haber penetrado un nuevo espíritu en el sistema jurídico, precisamente por obra del Derecho nacional germánico, y haber barrido todas aquellas barreras que parecían insuperables a las mentes estrechas y limitadas de los juristas-arqueólogos. De este modo, a causa de un conflicto de escuela y de tendencias, quedaba apartada la cuestión principal, y se la llevaba a una discusión sobre un terreno infecundo

y peligroso. Porque si es ciertamente equivocado el afirmar *a priori* la imposibilidad de un contrato válido a favor de tercero, también es cierto que el haber demostrado la tendencia a formas más flexibles en el Derecho moderno, y la existencia de nuevas necesidades en la vida actual, y el nuevo espíritu de la jurisprudencia, no obliga a reconocer en modo alguno que todo y cualquiera contrato realizado a favor de un tercero deba ser declarado válido, en principio.

Y a esta consecuencia se llegó, en nuestra opinión, porque los innovadores no supieron guardarse de otros ciertos métodos de argumentación que les desviaron desde las buenas premisas a las conclusiones exageradas. Existían, en efecto, y existen en la vida germánica, como existen en general en la vida moderna, *ciertas instituciones para cuyo normal y buen funcionamiento se ha demostrado, y se demuestra, que es insuficiente la teoría romana del contrato*. Tal son en el Derecho nacional germánico las cesiones de patrimonio 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 un Caja para las pensiones a las viudas; y en la vida moderna de todos los pueblos civilizados, los seguros de vida en favor de un tercero (beneficiario); el contrato de transporte, y la adquisición de una hacienda con su activo y pasivo. La esencia de estas instituciones está constituida por convenciones cuyos efectos se producen en beneficio de personas distintas de aquellas que intervienen como contratantes, pero que no puede decirse que sean auténticos y simples contratos: por algo las hemos llamado *instituciones*. En efecto: no tienen solamente la función de manifestar y poner en acción la voluntad privada, sino que responden y satisfacen al mismo tiempo necesidades colectivas, o responden al menos a un determinado y especial orden de ideas sobre la familia y la propiedad de un pueblo. Y son instituciones que tienen una constitución y regulación propias y producen sus efectos independientemente de que las partes hayan tenido una visión exacta y precisa de la misma. Consideración ésta que no se ha tenido presente.

Claro es que de tal orientación no puede hacerse responsable a tal o cual autor. Era algo que estaba en cierto modo en el ambiente, y quien conozca las condiciones especiales en que se ha venido desarrollando el Derecho privado germánico durante el siglo pasado no podrá asombrarse de ello. La falta de una legislación común, de un único y mismo modo de considerar el complejo de doctrinas que constituía

el llamado Derecho común, debía favorecer, hasta un cierto punto, el libre arbitrio de la jurisprudencia. El fenómeno de la recepción del Derecho romano, apreciado y juzgado de modo diverso, daba ocasión para considerar vigentes o no las mismas instituciones y las mismas reglas; el gran valor atribuido a la costumbre, al *Juristenrecht*, y a fuentes aún más vagas, como *la naturaleza de las cosas*, *la conciencia* y *el pensamiento jurídico*, concurrían a llevar la duda y la incertidumbre a una gran serie de cuestiones, en las que se encuentra, después, el florecimiento de una doctrina sutilizadora que recorre todas las posibles gradaciones del pensamiento en la definición de un concepto y en la resolución práctica de una controversia. El esfuerzo poderoso del pensamiento germánico encaminado a descubrir, formular y transformar en normas prácticas su propio espíritu jurídico, superando todo lo preconcebido y debido a tantos siglos de superposición de un Derecho extraño, aunque perfecto, produjo aquel reflorecimiento de la ciencia jurídica, cuyos beneficiosos efectos irradiaron por toda Europa; pero que igualmente llevó a la doctrina jurídica a exageraciones, como suele suceder siempre en todo período de innovaciones atrevidas y de vivas discusiones. Y es extralimitarse el innovar más de lo preciso; y es exagerar el dar a los fenómenos y a los hechos, aunque reales, mayor importancia de la que les pertenece.

En las investigaciones relativas a los contratos a favor de tercero, estos inevitables defectos del movimiento jurídico germánico se manifiestan principalmente en dos hechos que merecen ser meditados por juristas y legisladores. Y son: la multiplicidad de las teorías y la multiplicidad y variedad de fuentes jurídicas atribuidas por los diversos escritores a las mismas teorías. A estos dos hechos no se les ha concedido siempre la importancia que merecen, ya *de lege lata*, ya *de lege ferenda*. La multiplicidad de las teorías ha sido puesta de relieve con todo detalle, y no hay tratado o monografía reciente, desde UNGER a GAREIS, y de PANOFSKI a TARTUFARI y DNIESTRANSKI, que no dedique a ella largos capítulos. Pero todas esas exposiciones pecan, en nuestra opinión, de dos defectos y de una omisión. Los defectos consisten: 1.º En ligar una teoría a otra como si fuesen anillos de una misma cadena, como estaciones diversas y sucesivas de un camino recorrido con unidad de intento, como si realmente hubiese en las mismas teorías, consideradas cada una frente a las otras, una relación mutua de génesis coetánea y progresiva. 2.º En dar de tales teorías una crítica que precisamente se

enreda, inconscientemente, en un círculo vicioso de argumentaciones, por estar basada en la aceptación *a priori* de una doctrina contraria o distinta de aquella que se combate. La omisión consiste en no haber dado la importancia que se merece al hecho mismo de la multiplicidad de las teorías sostenidas en la doctrina con los más diversos efectos prácticos. ¿Y no es este hecho, por sí mismo, elocuentísimo? ¿No constituye para el investigador objetivo y desapasionado un elemento precioso para la valoración de la institución misma? Ello demuestra, realmente, que la materia del contrato a favor de tercero es informe y diríase que casi fluctuante; se deja encerrar artificialmente y con toda docilidad en los más diversos y múltiples recipientes; pero a quien quiere plasmarla en una forma propia y orgánica le huye y se le esfuma.

Tampoco se ha dado su justo valor a la diversidad de orígenes que la doctrina germánica atribuye al principio de la validez de los contratos a favor de tercero. Al tratar del problema fundamental, que consiste en determinar la fuente de derecho en que se basa el reconocimiento de la validez de tales contratos, o se pasa por alto, o, por el contrario, se afirma sin demostrarlo rigurosamente. Aun puede decirse más: la multiplicidad de fuentes con las que los diversos autores han relacionado esta institución, ha sido erróneamente considerada como una prueba de que tiene su fundamento en el Derecho positivo, cuando constituye, por el contrario, un precioso indicio de lo contrario, una advertencia saludable de poner freno a la fantasía. Una institución jurídica no puede tener al mismo tiempo su base en las más variadas fuentes: si está ligada a fuentes distintas, lo que quiere decir es que falta el acuerdo general sobre una fuente única en que fundamentarla; quiere decir que la jurisprudencia se ha apartado del programa del reconocimiento del Derecho, para encaminarse a su *creación*. De todo ello podremos persuadirnos más firmemente analizando críticamente los dos hechos arriba indicados.

## § 2.º LAS FUENTES DEL PRINCIPIO JURÍDICO MODERNO DE LA VALIDEZ DE LOS CONTRATOS A FAVOR DE TERCERO

En cualquier escritor no moderno encontramos reunido el pretendido principio moderno de la validez de todo contrato a favor de tercero a la teoría que atribuye al Derecho germánico una especie de ho-



rror a todo formalismo, y de modo especial, a aquel formalismo que en tiempos pasados solía considerarse como una triste prerrogativa del Derecho romano. Esta teoría y doctrina, abandonada hoy por todos, constituye un prueba notable de la fuerza que tiene la antítesis en la enseñanza y en la jurisprudencia (2). Esta de que tratamos fundía en sí dos errores, uno de los cuales era, ciertamente, y en gran parte, consecuencia del otro. Partiendo de la idea de que la nulidad del contrato a favor de tercero se fundaba, en el Derecho romano, en el carácter formal de *la stipulatio* (primer error: véase antes en la página 16, nota 21), se llegaba, por la fuerza de la antítesis, a admitir la validez de los contratos citados en el Derecho germánico, como homenaje a una pretendida ausencia de todo formalismo en su sistema contractual (segundo error). Es natural que tal teoría no haya logrado mantenerse. Las investigaciones más recientes, romanistas y germánicas, han socavado su base. Mientras han puesto en evidencia la independencia de la regla *alteri stipulari nemo potest* del formulismo de la *stipulatio*, han logrado, por otra parte, demostrar la existencia en el antiguo Derecho germánico de exigencias formales análogas a las que caracterizan al antiguo Derecho romano. La pretendida antítesis, creada por la doctrina que examinamos, entre ambos Derechos, se ha transformado en una armonía que atestigua la uniformidad de carácter del Derecho en estadios análogos de desarrollo y evolución en pueblos diversos. Una prueba luminosa de esta armonía la tenemos en esto: que así como es verosímil, aunque no esté demostrado, que el antiguo *per aes et libram agere* pudiese producir efectos directamente favorables a tercero (véase arriba pág. 7 y siguientes), así se admite también por los germanistas que pudiese producir análogos efectos en la época antigua el contrato formal y solemne del Derecho germánico. Pero como nosotros hemos admitido que aquella original eficacia del *per aes et libram agere* debió venir a menos en la época clásica, así debe admitirse también que el contrato del antiguo Derecho germánico, transformado en su íntima esencia y despojado de toda solemnidad, debiera perder aquella su inicial potencialidad.

---

(2) Véase a este propósito GAREIS, crítica de la obra de SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*, en la *Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung*, vol. VIII, página 180.

Es cierto, de todos modos, que la doctrina germanista ha intentado posteriormente dar otro fundamento a la afirmada validez del contrato a favor de tercero, aunque buscándolo siempre en el antiguo Derecho germánico. Alguno ha acudido a la *naturaleza pública del documento privado en el antiguo Derecho germánico* (3); otros han querido encontrarlo en otra pretendida característica fundamental de aquel derecho, por la cual la simple promesa unilateral habría sido suficiente fundamento para dar origen a las obligaciones (4); otros, han invocado los principios del antiguo Derecho en torno a las funciones del *Salmann* (el fiduciario del Derecho germánico), principios que atestiguarían la inicial validez del contrato a favor de tercero, desconocida luego, sólo temporalmente, a consecuencia de la recepción del Derecho romano, pero que, en la época moderna, debería ser puesta de nuevo en vigor (5); otros, en fin, han acudido a la misma naturaleza del antiguo contrato obligatorio (AMIRA).

Pero cada una de estas tentativas ha encontrado después tan fuerte oposición y ha dado lugar a críticas tan vivas, que no ha podido alcanzar otro valor, ante los ánimos imparciales, que el propio de toda hipótesis ingeniosa. No podemos entrar aquí, no tenemos la necesaria competencia para ello, en un examen minucioso de estas teorías; pero sí esperamos se nos conceda hacer una observación de orden general. Una

(3) Cfr. PLATNER, *Ueber offene und verschlossene Briefe*. En el «Archiv. für die civ. Praxis», vol. 50.

(4) Así, SIEGEL, ob. cit.

(5) GAREIS, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, pág. 228 y sigs; STOBBE, en la crítica de esta obra publicada en la *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, vol. 19 (N. S. 4), pág. 304, se expresa con este motivo del modo siguiente: Wir glauben, das diesser Versuch missglückt, und die ganze Stellung der Salmanns unrichtig aufgefasst ist. Denn durch das Rechtsgeschäft zwischen den Veräußerer und den Salmann entsteht zunächst gar kein Recht für den Dritten; vielmehr ist der in dem Vertrag ausgesprochenen Wille, solange der Veräußerer lebt oder die Veräußerung noch nicht an den Dritten erfolgt ist, unvis derrufflich; er kann nicht bloss *mutuo consensu* der Contrahenten, sondern auch einseitig durch den Veräußerer widerrufen werden. Nicht nur in Folge der Salmann wie Gareis, S. 239, n. 3 meint, sondern erst, wenn der Vertragswille des Veräußerers durch seinen Tod unwiderrufflich geworden ist, hat der Dritte ein Klage gegen den Salmann. Sobre el Salmann véase también BESELER, *Die Lehre*, ecc. I, 1835, pág. 242; STOBBE, *Handbuch*, II, § 225, y SCHULTZE, *Treuhändler im geltendem bürg. Recht.*, en el *Jahrbücher für die Dogmatik*, vol. 43, 1901, pág. 1.<sup>a</sup> y sigs.

comparación, siquiera sea superficial, entre la antigua y moderna sociedad germánica es suficiente para persuadir de que nunca será superflua ni excesiva la cautela en servirse de ideas y de instituciones propias de sus orígenes para dar base y fundamento a ideas e instituciones del tiempo moderno. Los grandes acontecimientos con que se ha iniciado la edad moderna para el pueblo germano: el Renacimiento, la recepción del Derecho romano y la Reforma, le han hecho sufrir un baño renovador; la conciencia germánica ha salido transformada, y de ahí que el quererle imponer ideas que se van a buscar en sus orígenes e infancia sea forzarla y violentarla. Y, además, ¿no es ya de suyo peligroso el querer justificar una institución, cuyas aplicaciones fundamentales se derivan de la vida moderna, con ideas y conceptos buscados en una época primitiva? (6).

La doctrina germana se ha dado plena cuenta, en realidad, de esta dificultad; y de ello tenemos una prueba evidente en el hecho de que a pesar de haber ligado el nuevo principio de la validez de los contratos a favor de tercero a ideas germánicas antiguas, no ha dejado por eso de intentar darla otro fundamento más sólido y moderno. Y se ha buscado en la costumbre. Grande era la importancia de ésta en el Derecho común germánico, y es natural que se haya acudido a ella. Pero como en el estudio y conocimiento del Derecho consuetudinario tiene tanta importancia la apreciación subjetiva del mismo, resulta que mientras por unos se proclama y reconoce la validez de los contratos a favor de tercero, como un producto de la costumbre germánica, se niega por otros todo fundamento a tal afirmación. La discusión de este punto ha sido tan viva que ha degenerado en polémica más agria de lo necesario. Podría pensarse que este dualismo hubiera de explicarse por motivos de naturaleza extrínseca, por inclinación inconsciente hacia uno u otro partido; pero aun cuando deban tenerse en cuenta los elementos psicológicos, es indudable que el origen de tal división de opiniones debe buscarse en verdaderas y reales dificultades objetivas, que se refieren a uno de los temas más delicados referentes a las fuentes del Derecho. Por eso creo útil detenerme un poco sobre este punto.

Llegamos a conocer el Derecho consuetudinario no directamente, sino a través de ciertas manifestaciones suyas, bien sean éstas actos de

---

(6) Véase PANOFSKI, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, págs. 37-38.

la vida civil o comercial, bien sentencias judiciales, bien opiniones doctrinales, o cualesquiera otras. Y formulamos el Derecho consuetudinario en cuanto que podemos (gracias a esas manifestaciones), retroceder y subir hasta sus propias causas. Pero cuando nos encontramos frente a varios grupos de manifestaciones análogas, se plantea el problema de si, además de retroceder en busca del origen de la causa de cada una de ellas, será posible hacer lo mismo en busca de una causa común a todas. Si esto último es posible, alcanzamos entonces un principio superior del Derecho del que emanan todas aquellas manifestaciones, que no son, por tanto, sino pruebas o signos de su existencia. Si, por el contrario, se presenta como imposible, debemos contentarnos con hacer constar la existencia de tantos diversos principios del Derecho como sean las manifestaciones, y que, a pesar de tener alguna semejanza entre sí, son independientes el uno del otro. De esta doble posibilidad se deduce una consecuencia de grandísima importancia, y es que, en la primera, el principio de Derecho encontrado podrá ser considerado como aplicable a otros casos, además de aquellos en que se manifestó en un momento dado, y que sirvieron para su rastreo y determinación, mientras que en la segunda no es posible esta aplicación extensiva. Esta alternativa se presenta con bastante frecuencia al jurista y al juez que quiere descubrir la existencia de alguna costumbre, y sería muy importante el poder fijar algún criterio que les pudiera servir de guía. Como toda manifestación del Derecho es el efecto de un estímulo, de un deseo, de una necesidad de la vida, así el fin y el contenido de toda norma jurídica, confirmada por la costumbre, puede encontrarse considerando la necesidad práctica a que ha dado satisfacción. Si esta necesidad es de índole general, podrá deducirse de ello la generalidad de la norma correspondiente, y si es de índole especial deberá concluirse lo contrario. Todo podrá reducirse, por tanto, a determinar si los elementos específicos del caso concreto a que se encuentra aplicada una nueva norma han sido los determinantes del nacimiento de esa norma, o si lo han sido otros de carácter más general. Estas ideas tienen una evidente comprobación en el tema de los contratos a favor de tercero, que sirve a esclarecer la controversia planteada en torno suyo.

Examinemos, desde este punto de vista, algunos de esos contratos: por ejemplo, la cesión de los bienes de los campesinos realizada por el cabeza de familia en beneficio de un hijo (el mayor, por lo general), con pacto a favor de los otros hijos (la llamada *bäuerliche Güterabtre-*

*tungen*); o el contrato de seguro de vida con cláusula de beneficiario a favor de tercero; o el contrato de transporte; o los contratos con las Cajas de Pensiones para las viudas. Debe reconocerse que las reglas del contrato romano han resultado insuficientes para éstos casos, y que por eso la práctica judicial, la doctrina y después también la legislación, han traspasado, sin la menor vacilación, los límites del antiguo principio: *alteri stipulari nemo potest*. En nuestra opinión debe admitirse como cierto que nos encontramos frente a contratos válidos a favor de terceros, a pesar de la oposición que aquí y allá se haya dejado sentir. Pero con eso no se ha resuelto el problema: es preciso averiguar después, si el fundamento de la validez de estos contratos singulares está oculto en ellos mismos, o si, por el contrario, se trata simplemente de una aplicación del principio general de la validez de todo contrato a favor de tercero. En otros términos: si en los casos concretos indicados la adquisición de un derecho por parte del tercero ha sido determinada por los elementos *genéricos* o por los elementos *específicos* del contrato concluído en su favor. Este es, en nuestra opinión, el nudo verdadero de la cuestión, y frente a él nos parecen elementales y decisivas las consideraciones que siguen. La necesidad social que ha conducido al reconocimiento de un derecho, *ex alieno pacto*, a los hermanos (en la cesión de bienes), al beneficiario (en el seguro), al destinatario (en el de transporte), a la viuda (en el de Pensiones con las Cajas), no ha sido una necesidad de carácter general, sino más bien de carácter particular, manifestada en aquellas determinadas relaciones sociales-económicas observadas en aquellos contratos especiales (7). Si se concede un derecho de crédito a los hermanos que fueron excluídos de la cesión contra el hermano cesionario, ello obedece a que según las ideas germánicas debe evitarse, en cuanto sea posible, el fraccionamiento del patrimonio familiar. El interés de cada miembro de la familia está subordinado al interés de la familia como tal, y por eso el patrimonio se entrega generalmente a uno solo: aquel que parece más apto para administrarlo y conservarlo; a los otros sólo se les concede un crédito, y aun eso dentro de los límites compatibles con el fin principal y predominante de la conservación del patrimonio familiar. Si al beneficiario de un seguro se le concede un derecho para actuar contra la compa-

---

(7) Cfr. PFEIFFER, en la obra que se cita más adelante, en la Bibliografía general, página 121.

ña aseguradora, no es ciertamente por motivos extrínsecos a la institución del seguro, sino precisamente porque en los últimos tiempos se ha formado la convicción de la utilidad individual y social del mismo. La tendencia a reconocer al beneficiario un derecho que le es propio, con carácter autónomo e independiente, no tiene una base genérica, sino que tiene su fundamento exclusivo en la conveniencia de sustraer, hasta cierto punto, la cantidad asegurada, del alcance de los herederos y de los posibles acreedores de quien estipuló el seguro. Pero ésta es una necesidad que no existe fuera del orden especial de ideas a que responde la institución de los seguros. Motivos de índole análoga, y, por tanto, de carácter particular, animan, regulan y rigen las instituciones relativas a las pensiones para las viudas. Y si se concede al destinatario, dentro de ciertos límites y condiciones, un derecho característico de acción contra el transportista, es indudable que se debe más a satisfacer necesidades propias del comercio que a tutelar y defender la voluntad de las partes contratantes. En efecto: si bien es posible concebir teóricamente que las partes contratantes (expedidor y transportista), quieran atribuir un derecho, de contenido más o menos amplio, al tercero (destinatario), sin embargo, en la práctica, el contenido de ese derecho no quedará determinado por la voluntad de aquéllos, sino que lo será por las leyes, y por los reglamentos de la sociedad que asume el trabajo del transporte. Ahora bien: con esto tenemos una contraprueba de lo que decíamos más arriba, esto es, que en estas instituciones (transporte, seguros, etc., etc.) sobre cuya regulación jurídica se quiere fundar y construir el principio de la validez, en general, de los contratos a favor de tercero, el elemento contractual tiene una importancia completamente secundaria (8).

Pero los mantenedores de la doctrina que proclama la validez de todo contrato a favor de tercero razonan de modo muy distinto. Para ellos lo esencial es que la antigua regla romana del *alteri stipularia nemo potest* ha sido violada ahora. Y puesto que atribuyen a esta regla las características de sordidez, egoísmo y de falta de base, no titubean en admitir que su violación equivalga a su derogación. Este modo de proceder se explica fácilmente, pero no se justifica del mismo modo. Se explica, puesto que se comprende que aquellas instituciones cuyo funcionamiento encontraba un serio obstáculo en la regla *alteri stipula-*

---

(8) Cfr. BÄHR, en el *Jahrbücher für die Dogmatik*, VI, págs. 140-142 y 159.

*ri nemo potest*, debían conquistar su reconocimiento abriendo brecha en tal obstáculo. Para darles una base jurídica se esforzaba la doctrina en combatir aquella regla que se les oponía, y al combatirla, como suele ocurrir siempre en casos semejantes, exageraba. Y *no se justifica*, porque para hacerlo se llega a negar, o a afirmar más de lo necesario. *Se afirma más* de lo preciso cuando se atribuye a la regla este contenido: que en virtud de ella se quisiera mantener la imposibilidad lógica de un contrato válido a favor de tercero; y *se niega más* de lo necesario cuando se pretende quitar a tal regla todo valor, y para siempre, por el hecho de que la vida la haya hecho inaplicable en algunos contratos especiales. Quizás no es equivocado el suponer que si los juristas romanos se hubieran planteado el problema en los términos que lo plantean los hechos presentados por la vida moderna, lo habrían resuelto evitando las dos exageraciones arriba indicadas, o sea, concediendo la posibilidad de contratos aislados y especiales válidos a favor de tercero, manteniendo a la vez vigente la regla como expresión de la función normal del contrato. Con su sentido finísimo de la proporción, habrían reconocido, por una parte, que la función del contrato atribuyendo derechos a un tercero que hubiese permanecido extraño a su realización es tan secundaria y esporádica que no requiere ser tenida en consideración cuando ha de definirse la función normal del contrato; y por otra, hubieran previsto también todos los inconvenientes, teóricos y prácticos, a que habría dado lugar, sin adecuada compensación, un concepto tan amplio del contrato.

Los escritores franceses e italianos afirman, con toda seguridad y sin vacilar, que en el Derecho germánico común se ha ido formando un principio de derecho consuetudinario en virtud del cual debe ser tenido por válido y eficaz el contrato a favor de tercero, en el ámbito de los principios; pero, en cambio, tal afirmación no es admitida universalmente por los jurisperitos de aquel país (9). He aquí como ejemplos, cómo se expresan, a este propósito, dos de los más modernos escritores germánicos: LEONHARD y EHRENZWEIG. El primero, después de poner de relieve la naturaleza excepcional de los casos especiales, en

---

(9) Véase, por ejemplo, BESELER, *Deutsches Privatrecht*, § 102; STOBBE-LEHMANN, *Handbuch des deutschen Privatrecht*, II, § 225; KUNTZE, *Der Gesamttact* (Festgabe für Otto Muller, pág. 45); GERBER, *System*, § 159, n. 9, y EICHORN, *Einleitung in das D. P. R.*, § 368. etc., etc.

los que un tercero, por Derecho común germánico, adquiere un derecho en virtud de un contrato al que ha permanecido extraño enteramente, y después de haber señalado cómo tales contratos no producen todos los efectos que la doctrina les atribuya, prosigue: «en realidad, las sencillas relaciones de la antigua vida germánica no podían ofrecer buenas ocasiones para la formación de tan artificiosas formas contractuales» (10). Y EHRENZWEIG (11) hace constar que si bien la doctrina dominante se inclina a admitir la validez, en principio, de los contratos obligatorios a favor de tercero, sin embargo, *no existen fuentes suficientes en qué fundar este principio, y que tampoco se ha descubierto un sólido derecho consuetudinario relativo a los límites y a los presupuestos de la validez de estos contratos.*

Por lo demás, es sabido con qué vivacidad, incluso en tiempos poco recientes, ha sido atacado por eminentes escritores este supuesto principio de derecho consuetudinario. ¡Qué derecho ha sido jamás éste! —exclama BÄHR—: «*no es Derecho romano; tampoco es Derecho germánico; es un hallazgo moderno que, en cuanto yo sé, está atribuido a UNGER*» (12). Los mismos escritores que han sostenido la existencia de esta costumbre traicionan su propia incertidumbre, y manifiestan una cierta repugnancia instintiva a generalizar los resultados, ya por sí mismo dudosos, obtenidos en un orden especial de investigaciones (13). Dados estos antecedentes doctrinales, bien puede afirmarse, pues, a pesar de la protesta de GIERKE, y en armonía con los redactores de la exposición de motivos del nuevo Código alemán, que el nuevo Código civil para el Imperio alemán no ha juzgado oportuno transfundir en ley escrita un principio de derecho existente, una institución reconocida ya por la costumbre, pero que ha sido más bien defendido por una escuela, evitando así elevar a la categoría de ley una teoría discutida.

Esta falta de *idem sentire* acerca de la existencia de un nuevo principio de derecho consuetudinario germánico que establezca la validez de todo contrato a favor de tercero, explica otras tentativas hechas por los tratadistas para dar una base jurídica a esa institución; tentativas

---

(10) Ob. cit., pág. 22.

(11) Ob. cit., pág. 41.

(12) Ob. cit. Cfr. también PANOFSKI, ob. cit., pág. 60 y los escritores allí citados.

(13) BUSCH, págs. 41 y 46 de la ob. cit., en la Bibliografía de esta obra.



sobre las que debemos detenernos para justificar alguna de nuestras afirmaciones. Admitido que la vida moderna rompe, en principio, con la antigua regla *alteri stipulari nemo potest*, y reconociendo también, que una norma jurídica opuesta a esa regla no se ha formado consuetudinariamente, no quedaba otro camino para alcanzar la moderna teoría del contrato a favor de tercero que el abierto por el llamado Derecho romano moderno, que consiste en crear por entero nuevas instituciones fundadas sobre puras consideraciones teóricas. Y por este camino, más o menos resueltos, se lanzaron varios escritores, principalmente dos muy insignes: BÄHR y UNGER. El primero, actuando sobre el requisito del interés, como extremo necesario para la validez de tales contratos; el segundo apoyado en un postulado de ética social y en el llamado dogma de la voluntad omnipotente. Parte BÄHR del principio de que sólo se puede hablar de contrato válido a favor de tercero en los casos en que la *causa* de la obligación del promitente (parte obligada en el contrato) respecto al tercero, exista ya entre el promitente y el que se hace prometer algo en favor del tercero (contratante). El verdadero contrato a favor de tercero debería ser siempre, por tanto, un contrato... a favor del contratante. Tales contratos, según BÄHR, estaban ya reconocidos como válidos en el Derecho romano; el primer brote de la teoría moderna debe buscarse, por tanto, en aquel Derecho. Sólo que la validez del contrato a favor de tercero reconocida por el Derecho romano, no era la validez del mismo respecto al tercero, sino respecto a las partes contratantes, mientras que la tendencia moderna se dirige a reconocerla precisamente en relación con el tercero; y esto levanta ante BÄHR una grave dificultad que intenta superar acudiendo a otra institución romana: el *mandatum actionis*. En otros términos: BÄHR raciocina de este modo: el contratante que se hace prometer por el promitente, u obligado, una prestación en favor de un tercero, ¿no demuestra con ello su voluntad de que el tercero pueda exigir al obligado que cumpla la prestación contratada? Ahora bien, si no puede atribuirse a esta voluntad la facultad de hacer surgir un derecho en beneficio del tercero (lo que es inadmisibles para BÄHR), ¿por qué no ha de podersele atribuir, en su lugar, el contenido de un *mandatum agendi*? *Se le puede atribuir...*, *se le atribuye...*, *se le debe atribuir...* Queda terminada la operación lógica, y con ese curioso uno..., dos..., tres..., la teoría moderna del contrato a favor de tercero debería ha-

ber encontrado una base jurídica segura (14). Pero el mismo BÄHR se ha dado cuenta de lo arbitrario que es este procedimiento de dar vida a una institución con una presunción elevada a la categoría de dogma; y para ponerse a salvo de una acusación que surge espontáneamente, ha perorado en favor de una tal extensión de poderes otorgada al «pensamiento jurídico» como fuente de Derecho, cual la que sólo puede explicarse con las condiciones especiales del llamado Derecho común germánico. En efecto, BÄHR atribuye al pensamiento jurídico la misión de perfeccionar la costumbre y la práctica, haciendo surgir lo general de lo particular, y creando directamente, con la fuerza de la persuasión, un nuevo Derecho. Pero si esta teoría, que este sutil escritor quiere justificar así, es ya por sí misma poco persuasiva, la justificación dada de la misma peca de gran indeterminación. De manera que el resultado final no ha sido realmente feliz. BÄHR no ha contentado ni a los romanistas ni a los germanistas. En realidad, su teoría se resuelve en una desgraciada tentativa de conciliación entre ideas antiguas y modernas; una tentativa que acaba por falsear aquéllas sin dar satisfacción plena a éstas. Tan arbitrario nos parece, en efecto, querer generalizar, en virtud de una simple presunción, la institución romana del *mandatum actionis*, como querer después incluir en ella, nuevo lecho de Procusto, todos los contratos a favor de tercero que han obtenido, o que han exigido, su reconocimiento en el Derecho moderno (15).

Si la teoría de BÄHR representa, en cierto modo, una tendencia conservadora, que se manifiesta en tentativas diversas para hacer entrar ciertas manifestaciones modernas dentro de los esquemas y fórmulas antiguas, la doctrina de UNGER, que vamos a examinar, en cuanto se refiere a las fuentes jurídicas de la teoría moderna, representa, por el contrario, una tendencia innovadora, llena de sí misma y pronta a extraer de su propio cerebro instituciones enteras; una tendencia a la que ciertos juristas germánicos han aplicado, no sin razón, el término despreciativo de *Freirechtlerei*. En UNGER encontramos, con otro disfraz, un fenómeno que ya habíamos observado en otros escritores germánicos anteriores a él: estos escritores atribuían la prohibición de

---

(14) Véase BUSCH, ob. cit., págs. 12, 35 y 114. Cfr. en sentido contrario KRASNOPOLSKI, rec. cit., pág. 516.

(15) Sobre este punto, tendremos que volver más adelante cuando examinemos los contratos especiales a favor de tercero en la tercera parte de este tratado.

los contratos a favor de tercero al formalismo romano, y al sostener que el Derecho germánico había desterrado desde sus orígenes todo formulismo, afirmaban el principio de la validez en el Derecho germánico, como consecuencia de estas características nacionales. UNGER sostiene que el principio romano de la nulidad era debido al egoísmo nacional romano, y opinando que la sociedad moderna es altruísta deduce, por eso sólo, que debe tenerse por caída en desuso aquella antigua prohibición (16). Esta transformación de la conciencia moral del pueblo no se produciría de un sólo trazo. Su primera manifestación habría que buscarla en la época clásica del Derecho romano; por lo cual la misión del legislador y del jurista moderno quedaría reducida, para llegar al principio de la validez de estos contratos, a generalizar el espíritu de las decisiones romanas. «*La teoría de los contratos a favor de tercero —escribe UNGER— se encuentra expuesta enteramente en el Derecho romano, si bien sólo en casos excepcionales: no tenemos otra cosa que hacer sino tomarla de allí para darla a conocer y proporcionarla un valor general*» (17).

Este modo de dar fundamento jurídico a una institución está expuesto a fáciles críticas que no podían escapar a los críticos y a los escritores que tuvieron que ocuparse, a continuación, de este tema: por lo que puede decirse que si la opinión de UNGER ha sido en conjunto alabada y exaltada, también es cierto que en lo que se refiere al fundamento de la institución no ha encontrado seguidores. Egoísmo y altruísmo son dos conceptos con los que es muy difícil actuar jurídicamente: son, en definitiva, dos aspectos de una misma y compleja necesidad de la humanidad. Así como el altruísmo puede ser considerado, en el fondo, como una forma refinada del egoísmo, así el egoísmo individual es ciertamente un presupuesto necesario, en muchos aspectos, para la prosperidad social. Medir en un pueblo determinado estas dos fuerzas motrices, igualmente necesarias y útiles, y establecer entre ellas una relación cuantitativa, es algo absolutamente imposible. No se puede, pues, caracterizar una sociedad como egoísta frente a otra, ni se puede pretender deducir y derivar directamente de un egoísmo, o altruísmo, que se afirma prevalecer, la prohibición o el reconocimien-

---

(16) Véase antes la nota de la pág. 16.

(17) En *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, pág. 60.

to de una institución. Pero la teoría de UNGER sobre la validez de los contratos a favor de tercero no es inaceptable sólo en este su presupuesto fundamental, sino que lo es también en todos sus detalles. Creemos haber demostrado suficientemente que las pretendidas excepciones romanas al principio de la nulidad de estos contratos no tienen sólo e idéntico fundamento: no hay en ellas, pues, un espíritu único, un principio jurídico único, que aspire a ser sacado de ellas, y formulado y promulgado como tal. Cuando UNGER afirma que existe este principio único, y que tal principio consiste en hacer bien al prójimo, cae, sin advertirlo, en una notable contradicción. Si esto fuera verdad, ¿por qué se habría atribuído jamás la acción al tercero en el caso de la Constitución 3, del Código VIII, 54, y en el caso de la Const. 7 del Código V, 14, y no en el caso del frag. 26, 4 del Digesto 23, 4? La superficial observación con la que intenta UNGER prevenir esta objeción no convence en realidad (18). Si los juristas romanos, o los compiladores diríamos nosotros, hubiesen sido movidos al introducir aquellas excepciones por un motivo moral, no habrían excluído ciertamente a la madre, sino que le hubieran concedido la acción como a los nietos. La verdad es que la *qualitas personarum* está considerada, en sus decisiones, no como una forma de un sentimiento altruísta genérico, sino más bien como una justificación concreta para aquel caso en que se concede la acción de modo excepcional (19). También la comparación y la aproximación entre el legado y el contrato a favor de tercero, que es una *pars magna* de la teoría de UNGER, es un error. Ya BRINZ señalaba, con pocas pero penetrantes palabras, la raíz de este error. Por ese medio —escribía el ilustre pandectista— «*se aplica un principio admitido en los negocios mortis causa, por ser necesario en ellos, a los negocios inter vivos, para los que no lo es*». En definitiva, pues, la más radical refutación de la teoría de UNGER sobre el fundamento de la validez de los contratos a favor de tercero está, en nuestra opinión, en las consecuencias a que conduce, necesariamente, en relación con la determinación del verdadero concepto de estos contratos. En efecto, quedarían excluídos del número de los verdaderos contratos a favor de tercero, todos aquellos casos en los que puede demostrarse, o presumirse, que el verdadero impulso del contratante no fuera altruísta sino egoísta, lo que

---

(18) Ob. cit., pág. 40.

(19) Véase antes, en la pág. 34 y siguientes.

supone una limitación injustificada y, hasta cierto punto, injustificable. Los motivos éticos íntimos del obrar no tienen, en general, importancia en el proceso constitutivo de los negocios jurídicos: no se comprende por qué debería hacerse abstracción de esta regla al referirse a la institución del contrato a favor de tercero, cuando con esa limitación se vendría a paralizar su función en aquel ambiente en el que se ha consolidado más eficazmente, y en el que sin duda es más necesario: esto es, en el ambiente comercial.

Los resultados a que conduce el examen de las varias teorías sostenidas en torno a las fuentes jurídicas en que se funda el principio de la validez de los contratos a favor de tercero, encuentran una comprobación, o al menos una interesante aclaración, en ciertas afirmaciones de escritores recientes, que se han dado cuenta de toda la indeterminación que domina en la doctrina, aunque sin decidirse todavía a sacar de ella aquellas conclusiones que resultan ya suficientemente claras en nuestra exposición. Y así escribe, por ejemplo, PANOFSKY (20): «*La existencia del contrato a favor de tercero se justifica jurídicamente por el hecho de existir: ya que todo aquello que existe no tiene en sí, por sí mismo, la razón de existir, sino que existe por causa de un objetivo, de una necesidad, a cuya satisfacción está destinado, y en el que encuentra también su justificación. Desde este punto de vista, creo yo que la discusión sobre el origen de nuestro contrato no tiene la menor importancia*». Y EHRENZWEIG (21), después de haber destacado el estado de lucha encarnizada en que se halla la doctrina en relación con este tema, y en la que por una parte se niega la posibilidad de la institución, mientras por otra se expone ampliamente toda su teoría, escribe: «*Ab esse ad posse valet consequentia. Se trata, pues, solamente de averiguar dónde reside propiamente la materia de esta producción literaria. ¿Contiene quizás solamente discusiones equivocadas o no pertinentes al problema? Nadie querrá afirmar esto, ciertamente, frente a obras tan estimables e instructivas*». Está claro el blanco a que se apunta con estas observaciones. Se quiere llenar una laguna cuya importancia se estima y comprende: se quiere prevenir una acusación que surge espontáneamente en cualquiera que se dedique a estudiar objetivamente la insti-

(20) Ob. cit., pág. 105.

(21) *Die sogennanten zweigliedrigen Verträge*, pág. 90.

tución jurídica del contrato a favor de tercero, con el fin de encontrar su génesis y de fijarle una base jurídica (22).

Pero, ¿se logra acaso?

Por mi parte sólo puedo responder a esto negativamente. No todo lo que existe en la doctrina y en la teoría existe también en la realidad de la vida jurídica. Las teorías que se encuentran desarrolladas en los tratados y en las monografías son precisamente edificios cuyos materiales han sido ofrecidos más bien por la vida jurídica, pero en cuya construcción ha tenido igualmente una parte exorbitante la fantasía constructiva de los juristas. Muchas de esas teorías pueden compararse a pompas de jabón, coloreadas y brillantes; también la existencia de tales pompas supone una cierta materia: una gota de agua saturada de jabón; pero a su bella y gran apariencia no corresponde la realidad por ella simulada. El observador objetivo deberá distinguir, siempre, en toda doctrina, la sustancia de la forma; la institución que existe realmente en la vida, de aquella formulada lógicamente y construída sólo en teoría. Así, pues, la existencia de una tan abundante literatura sobre el contrato a favor de tercero parece que no debía imponer tanto como impone a los escritores antes citados. En esta literatura, la auténtica sustancia jurídica está representada por algunos contratos o instituciones jurídicas a favor de tercero, que realmente existen en la vida jurídica, y que han obtenido, o merecen obtener, un reconocimiento y una disciplina propia. La teoría del *contrato a favor de tercero* no es sino el resultado de una labor conceptual realizada sobre estos materiales (23), resultado respetable e incluso admirable, pero que está en desacuerdo con la realidad de la vida. En la vida real hay relaciones concretas de naturaleza propia y especial, que reclaman y exigen un trato particular a cada una de ellas. Una institución creada de forma tan amplia y genérica que pueda incluir en sí todas esas relaciones, será inadecuada para la mayor parte de ellas necesariamente; como un traje demasiado amplio, que es tan incómodo y poco práctico como el demasiado estrecho.

---

(22) Véase antes mi Introducción.

(23) EHRENZWEIG, ob. cit., págs. 66 y 99.

## § 3.º LAS DIVERSAS TEORÍAS SOBRE EL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

El segundo hecho que me parece digno de mayor meditación para lograr una apreciación justa de la tendencia moderna relativa al tema de los contratos a favor de tercero, está constituido por la multiplicidad, y lo multiforme, de las teorías que existen en el campo de la ciencia jurídica (24). Todas estas teorías se diferencian unas de otras no sólo en los detalles de la construcción, o en motivos de índole formal, sino también en su base fundamental teórica y en puntos de la máxima importancia práctica. Consideradas en su conjunto representan y expresan una incertidumbre real sobre la extensión de los principios de Derecho objetivo que intentan formular, y constituyen una confirmación de los resultados a que hemos llegado en el número anterior (25).

Las divergencias se manifiestan, ante todo, en lo relativo a la esfera de aplicación que deba darse a esta institución. En estrecha relación con esta divergencia de opiniones se encuentra, como es sabido, la distinción que se hace, en la literatura jurídica, entre contratos a favor de tercero, *proprios e improprios*. Para cualquier tratadista sólo son verdaderos y propios contratos a favor de tercero aquellos que revisiten y poseen todos los caracteres y requisitos que el propio el autor indica como *esenciales*: todos los demás son *improprios*. Pero como las opiniones sobre este punto son dispares, es natural que la relación numérica entre contratos *proprios* a favor de tercero y los *improprios* sea incierta y variable. En efecto: algunos creen ser requisito esencial de todo verdadero contrato a favor de tercero, el que el contratante del mismo haya proporcionado la materia prima (la *causa*) a la obligación del promitente, u obligado, para con el tercero, de modo que éste venga a enriquecerse, en cierto modo, a expensas del patrimonio de aquel (26); otros, por el contrario, prescinden de este elemento y sos-

---

(24) LEMAYER, ob. cit. en la Bibliografía; pág. 332.

(25) EHRENZWEIG, ob. cit., pág. 144, y DNIESTRANSKI, *Die Aufträge zu Gunsten Dritter*, pág. 53.

(26) Esta doctrina, expuesta primero por BÄHR, encontró después amplia continuación; Cfr. GAREIS, *Passim*; ZIMMERMANN, *Die Stellvertretende neg. gestio*, página 84; LEONHARD, ob. cit., págs. 27-30; EHRENZWEIG, ob. cit., pág. 184; HELLWIG, ob. cit., pág. 34, y DNIESTRANSKI, ob. cit., pág. 52 y sigs.

tienen que se trata de un verdadero contrato de esta especie cuando el tercero se enriquece a expensas del patrimonio del obligado, esto es, también cuando el estipulante sólo haya intervenido *ad adstringendam fidem promittentis*. Algún otro escritor, tomando al pie de la letra la expresión *pacta in favorem tertii* —contrato a favor de tercero—, o *Vertrag zu Gunsten Dritter*, considera como requisito esencial que se quiera atribuir al tercero un provecho o ventaja, y que éste adquiera realmente algo que no poseyera anteriormente; mientras que otros se oponen a esto, bien sosteniendo que también el adquirir una nueva acción (*ex pacto alieno*), para hacer valer un derecho ya existente, constituye un provecho o favor, o bien negando, y son los más, que este elemento del favor, en sentido sustancial, sea un elemento esencial del contrato a favor de tercero. En estrecha relación con esta última divergencia de opiniones existe otra por la que mientras afirman algunos que no existe contrato a favor de tercero cuando el tercero esté obligado a una contraprestación, se afirma por otros, al contrario, que esa circunstancia es perfectamente conciliable con el concepto de contrato a favor de tercero (27).

Tampoco son éstos los únicos puntos sobre los que existe disenso de opiniones.

Ya hemos visto que según algún autor el contrato a favor de tercero es una institución animada por completo de altruísmo, y subordinada a una cierta actitud o postura de la voluntad del estipulante (28). Si éste intenta beneficiar al tercero; si es movido a contratar en favor de otro por motivos altruistas, el contrato es un auténtico contrato a favor de tercero, y no lo es en el caso contrario. Por otra parte, mientras algunos consideran como propios y auténticos contratos de esta especie tanto los contratos obligatorios como los liberatorios, otros excluyen estos últimos; y en fin, hay quien extiende esta institución más allá de los confines del Derecho privado, mientras otros creen que esta extensión es, si no dañosa, por lo menos inoportuna (29).

(27). Véase, por ejemplo, FÖRSTER, *Preus. Privatrecht*, § 75; BUSCH, ob. cit., página 5; DANZ, ob. cit., pág. 128; STAHL, Monografía citada en la Bibliografía de esta obra; págs. 28 y 57.

(28) Véase DANZ, ob. cit., pág. 119.

(29) Véase COHEN, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, págs. 13-14; LEONHARD, obra citada, pág. 25, y GAREIS, ob. cit., pág. 269.



Esta exposición de las varias opiniones relativas a la esfera de aplicación de esta institución es por sí misma capaz de demostrar eficazmente cuál es, y cuánta, la incertidumbre que domina en el campo de la ciencia jurídica; pero la mayor confusión, el mayor embrollo de las diversas teorías, el más violento choque de principios y puntos de vista diversos se da en la determinación de los efectos. Aun estando de acuerdo en este punto: que una persona pueda adquirir un derecho en virtud de un contrato en cuya conclusión haya permanecido completamente extraña, los autores se alejan unos de otros en todas las restantes cuestiones relativas al fundamento de ese derecho, al momento de su nacimiento, y a la posibilidad de su revocación; otro tanto ocurre cuando han de determinar su contenido, no menos que sobre las demás cuestiones a que puede dar lugar el contrato a favor de tercero, y especialmente, sobre la concurrencia del derecho del tercero con el del estipulante; sobre la causa del derecho del tercero, y sobre las excepciones que el tercero pueda oponer el obligado por el contrato.

Intentaré resumir cuidadosamente este amplio movimiento doctrinal, señalando, donde lo crea posible, la génesis de las distintas corrientes y las causas más salientes determinantes de las mismas (30).

#### § 4.º LAS DIVERSAS TEORÍAS SOBRE EL FUNDAMENTO DEL DERECHO DEL TERCERO

En la investigación del fundamento jurídico del derecho del tercero se notan dos tendencias: una sustancial, la otra formal (31). Según una de ellas debe adquirir el tercero un derecho, porque con este fin se ha hecho una prestación al obligado en la estipulación; según la otra, el tercero adquiere un derecho, porque las partes contratantes *han*

---

(30) Prescindimos ahora, intencionadamente, de las teorías de aquellos que niegan la existencia de una categoría de «contratos a favor de terceros», incluyendo toda esta institución en la teoría de la representación. En este sentido, puede verse a ZAUN, *Zur Lehre von der sogenannten fingirten Cession*, etc. («Archiv. für praktische Rechtswissenschaft», N. I, 1), y OGONOWSKI, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, Lemberg, 1877, pág. 97.

(31) Prescindimos también de propósito de la idea expuesta por DANZ, ob. cit., página 119, según la cual el derecho del tercero surgiría *quasi ex contractu*.

*querido atribuírselo* con su contrato válido (32). La primera de estas dos tendencias se apoya en la *legem rei suae dicere*, que para eso alega, del Derecho romano; y la segunda, en la doctrina de la voluntad como fuente de Derecho, tal como se concebía por la escuela del Derecho natural, o sea en la llamada libertad contractual. La primera restringe notablemente la esfera de los contratos válidos a favor de tercero; la segunda, en cambio, la amplía hasta el infinito. Mas, esta prestación realizada por el contratante, o estipulante, en favor del obligado, o la voluntad manifestada por ambos, ¿son por sí solas suficientes para hacer surgir un derecho a favor y propio del tercero? Con esta pregunta se abre el campo a un nuevo y profundo disenso; porque a la teoría que prevalece hoy le parece bastante natural admitir que el derecho del tercero surja sin la menor cooperación de su parte (33), mientras que al resto les repugna, más o menos, aceptar esto: *invito beneficium non datur*. Pero cuando se trata de determinar la naturaleza del acto por el que debiera participar el tercero, he aquí que surge una nueva y destacada discrepancia entre aquellos que sostienen la necesidad de tal participación. Algunos dicen: el tercero debe *ratificar* (la llamada *Genehmigungstheorie*) (34). Y se les replica inmediatamente: así, o se reniega de la figura jurídica del contrato a favor de tercero, ya que se le reduce a la teoría de la *negotiorum gestio* representativa, o se llega a sostener la posibilidad de una metamorfosis imposible. Si el estipulante lo ha hecho a nombre propio, ¿cómo podrá concederse al tercero el derecho a ratificar? (35). Otros autores, restringiendo la idea de la ratificación, defienden la necesidad de una *aceptación* por parte del tercero (la llamada *Acceptationstheorie*). Y se les objeta: si el estipulante ha contratado en nombre propio, ¿qué es lo que puede

---

(32) Recordamos aquí la especial teoría de SIEGEL, *Das Versprechen*, etc., § 14, que repone el fundamento del derecho del tercero en la promesa unilateral del obligado en la estipulación. Esta teoría ha sido acogida por HASENHORL, *Obligationen*, § 23, y también por algún civilista francés, por ejemplo, CHAMPEAU, *La stipulation pour autrui*. Véase, además, y cfr. a STAHL, ob. cit., págs. 30-33, y DNIESTRANSKI, ob. cit., págs. 62-63.

(33) Véase especialmente REGELSBERGER, en el «Archiv. für die civil Praxis». Vol. 67, pág. 12 y sig.

(34) Cfr. SAVIGNY, *Obblig.*, II, § 59, págs. 82-84, y a OONOWSKI, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, págs. 96-101.

(35) WINDSCHEID, *Pandkten*, § 316; DERNBURG, *Pandkten*, II, § 16, (3.<sup>a</sup> ed.).

aceptar el tercero? Nada se le ha ofrecido realmente y nada puede aceptar, por tanto. Pero además, aun admitido que deba o pueda aceptar, ¿frente a quién deberá aceptar? ¿Frente al obligado en el contrato, frente al estipulante, o bien frente a los dos? Bastará entonces, creen aún otros escritores, con que el tercero acceda al contrato (la llamada *Beitrittstheorie*). Pero, ¿qué significa *acceder* si no significa ratificar o aceptar las ofertas contenidas en el contrato? (36). También esta idea del *acceder* parece a la mayoría vaga y descolorida, y no consigue ser acogida por muchos.

A través de las fáciles críticas de todas estas gradaciones de una misma idea que se impone vagamente, llega GIERKE, por fin, a una teoría nueva: el tercero no deberá *ratificar*, ni *aceptar*, ni tampoco *acceder*; sólo deberá *apropiarse* del derecho establecido a su favor. Las partes contratantes (estipulante y promitente), crean, al contratar, un derecho que momentáneamente es, por así decir, *nullius*, pero que está destinado al tercero, y que llegará a ser derecho de éste apenas se haya posesionado de él (37). Pero tampoco esta teoría, a pesar del calor con que ha sido defendida y difundida por su autor, ha logrado imponerse, por lo cual, también entre los escritores que exigen un acto del tercero para que pueda adquirir el derecho, reina la más grande discordia.

Más instructivo que el someter a una crítica minuciosa cada una de estas opiniones, es realmente el considerar su fundamento común: el determinar de qué ideas y de qué necesidad conceptual han tenido origen. Su fundamento consiste en esto: que repugna al sentido común el admitir que un tercero, que ha permanecido completamente extraño a la conclusión de un contrato determinado, que tampoco tiene conocimiento de que tal contrato se haya realizado, y que, por tanto, no puede cuidarse lo más mínimo de su contenido, deba, sin embargo, ser considerado como investido de un derecho en virtud del mismo contrato; y que, viceversa, las partes que han dado vida al contrato deban ser consideradas como vinculadas a él de tal modo que no puedan revocar, ni modificar, en ninguna medida aquel derecho que en un momento dado han querido atribuir al tercero con su contrato. Y esta repugnancia instintiva responde, en el fondo, a un concepto justo: lo

---

(36) UNGER, ob. cit., pág. 19 y sigs., y BAHR, *Urtheile*, págs. 84, 85 y 86.

(37) Véase PANOFSHY, ob. cit., pág. 54; REGELBERGER, en el «Archiv. für die civil Praxis», vol. 67, y DNIESTRANSKI, ob. cit., pág. 59.

que es inútil no puede ser digno de tutela jurídica. Mas, como no todo aquello que podemos explicarnos es por eso sólo digno de aprobarse o justificarse, así sucede, en mi opinión, con estas teorías. En realidad estas teorías son una especie de transacción entre el pasado y el presente: expresan y representan un compromiso desgraciado entre la teoría romana que mantenía firmemente el principio de la nulidad, y la tendencia moderna a generalizar y extender los efectos de algunos casos especiales en que el contrato a favor de tercero fué reconocido como válido. Digo que representan un compromiso *desgraciado* por estas razones: en aquellos casos especiales en los que se reconoce por el derecho objetivo como válido el contrato a favor de tercero, no se exige siempre como necesario un acto cualquiera de participación del tercero en el contrato, siquiera sea posterior a su celebración; mientras que en los otros innumerables casos que pueden imaginarse, este acto de participación, o se resuelve en una verdadera aceptación de una oferta contractual (y en este caso nos encontramos ya fuera del problema de los contratos a favor de tercero), o bien se le reduce a un concepto completamente negativo (y entonces se va a chocar contra el principio de la nulidad); o bien, en fin, ese acto constituye un *quid sui generis*, que no es una aceptación de la oferta que se le ha hecho, ni una ratificación de un contrato celebrado ya a su nombre, sino más bien algo nuevo en el campo contractual, difícilmente calificable en la teoría, y que sólo puede concebirse como un requisito exigido positivamente por la ley, en ciertos casos, para que se perfeccione el derecho de tercero.

En virtud de este juicio sobre las varias formas asumidas por la teoría que exige al tercero una participación cualquiera en el contrato concluído a su favor, podría pensarse por alguno que es justo atribuir al tercero un derecho propiamente suyo, sin necesidad de acto alguno de su voluntad; pero no es ésta la conclusión a que yo quiero llegar, como se verá en el estudio subsiguiente del problema.

### § 5.º NATURALEZA DEL DERECHO DEL TERCERO

Si de la consideración de la base atribuída al derecho del tercero pasamos a estudiar la naturaleza del mismo derecho, no cambia el cuadro contemplado. También sobre este punto es profundo el desacuerdo entre los autores. Unos quieren atribuirle una naturaleza completamen-

te especial y autónoma: el derecho del tercero es, según éstos, un derecho exclusivamente suyo, que surge en su misma persona, y que tiene un contenido propio y especial. Otros, por el contrario, quieren ver en él un derecho del contratante traspasado, de cualquier modo (en virtud de cesión fingida, o en virtud de un presunto *mandatum ad agendum*) (38), a la persona del tercero. Estas dos opiniones están sostenidas con igual calor en la doctrina germánica, y han dado lugar a vivas e interesantes polémicas (39). La razón por la cual no ha podido imponerse una a la otra es fácil de descubrir. Hay ciertos contratos típicos a favor de tercero para cuyo natural funcionamiento es necesario atribuir al tercero un derecho propio e independiente; sin esa condición no podían alcanzar su finalidad. El ejemplo más evidente es el ofrecido por el contrato del seguro de vida a favor de tercero. En este caso no tiene sentido alguno el querer atribuir al tercero el derecho del que hizo el contrato, porque el derecho que eventualmente pueda adquirir éste es distinto del derecho del tercero. Todos los esfuerzos hechos para reducir en este caso el derecho del tercero al derecho del contratante han sido ya justamente criticados (40).

Pero lo que es cierto para estos contratos típicos a favor de tercero, no lo es para todos los demás que pueden imaginarse, y que están reconocidos en la doctrina misma como contratos válidos a favor de tercero. Tomemos, por ejemplo, el contrato de depósito con pacto de devolución, o entrega, a favor de un tercero; o el mutuo acompañado de un pacto análogo. ¿Es necesario en estos casos, como lo es en el del seguro, definir el derecho del tercero como independiente y distinto del derecho del contratante? La respuesta tiene que ser negativa. El derecho que adquiere el tercero, el derecho que se le quiere atribuir, no es sino el mismo derecho que el depositante o el mutuante hubiera adquirido si no lo hubiese estipulado, desde el principio, a favor del

---

(38) La diferencia entre la teoría de la cesión fingida y la del *mandatum ad agendum*, sostenida con particular energía por BÄHR, consiste en que el *mandatum ad agendum* es revocable siempre, mientras que la cesión es irrevocable después de notificada al deudor.

(39) Véase especialmente, BÄHR, *Urtheile*; REGELBERGER, en el «Archiv. für die civil Praxis», vol. 67, y BÄHR, en el «Archiv.», pág. 168 y sigs.

(40) Véanse las agudas observaciones de LEONHARD a este propósito en la obra citada, págs. 44-45.

tercero. Por tanto, no es imposible, en estos casos, trabajar con el concepto de la *cesión* o del *mandatum actionis*. Aquí se presenta el concepto de la representación tan natural como es inadmisibile, realmente, en el contrato de seguro, y, normalmente, al menos, en el contrato de transporte. Es fácil descubrir las consecuencias que de estas sencillas consideraciones se deducen para la debatida cuestión de la naturaleza del derecho del tercero. El problema ha nacido de un prejuicio común a las dos partes contendientes: el prejuicio de que el derecho del tercero *deba tener en todos los contratos a favor de tercero una misma naturaleza*; prejuicio que se desarrolla después en dos teorías igualmente erróneas en su conjunto, pero que contienen ambas algo profundamente verdadero. La proclamación de la independencia del derecho del tercero es, en efecto, tan indispensable en algunos casos (como *forma de guardar* el contenido de este derecho al tercero y para el tercero), como no es necesaria en aquellos casos de contratos a favor de tercero que no tienen una función específica, o si se quiere llamar así, típica.

#### § 6.º EN QUÉ MOMENTO SURGE EL DERECHO DEL TERCERO (41)

Tampoco están de acuerdo las opiniones sobre el momento en que deba considerarse que nace el derecho del tercero. Para aquellos que sienten repugnancia a conceder un derecho a una persona que no ha demostrado de modo alguno su voluntad de adquirirlo, este momento debe ir unido a un acto cualquiera de ratificación, de aceptación, de acesión o de apropiación realizado por el tercero (42). Para aquellos otros que reputan inadmisibile el reconocer la existencia de un derecho del tercero sin que la persona que se lo ha querido atribuir le haya procurado también el medio de hacerlo valer, ese momento está unido íntimamente al momento en que se notifique al tercero el contrato concluído a su favor (43). Y aquellos que ponen el fundamento del derecho del tercero en el propio contrato como tal, lo hacen surgir inmediatamen-

---

(41) Cfr. DNIESTRANSKY, ob. cit., págs. 60-61.

(42) Véase lo dicho antes en la pág. 105 y sigs.

(43) En este sentido, EHRENZWEIG, ob. cit., y Proyecto de revisión del Código civil austriaco. Véase también las págs. 145 y sigs.

te en el momento de su perfección (44) o después, según y conforme la voluntad de las partes contratantes (45).

En estrecha relación con esta controversia está el problema de la revocabilidad del derecho de tercero, que viene a ser, en cierto modo, como una reiteración del anterior (46). En este nuevo problema hay quien niega en absoluto la posibilidad de revocar, y frente a esta doctrina hay otra que admite la revocación como lo normal y corriente. Entre estos dos extremos existe una opinión intermedia, según la cual el momento de la adquisición definitiva del derecho por parte del tercero y de su irrevocabilidad dependen *de la voluntad de las partes*. Esta doctrina, que sólo citamos aquí de pasada, se divide a su vez en otras dos que resuelven de modo opuesto el caso en que la voluntad de las partes no haya sido manifestada de modo claro y expreso, pues en la duda unos se inclinan por la revocabilidad, y otros por la irrevocabilidad.

Sin entrar en más detalles podemos afirmar que también en esta parte de la teoría reina la mayor incertidumbre. Pero tampoco en ella queda velada al observador atento la causa última de este fenómeno. Esa causa última reside también, en este caso, en la generalización o aplicación extensiva que los tratadistas hacen, al razonar sobre todos los contratos a favor de tercero, de las normas dadas o que debería dar el Derecho civil a ciertos contratos típicos que se presentan en la vida real. Aquí está la fuente de ese error del que sólo se puede salir distinguiendo caso por caso, y buscando en la naturaleza íntima de cada uno de ellos y en su función características los elementos determinantes para resolver el problema. De este modo se puede comprobar cómo en algunos casos se ha aceptado, o debe aceptarse, la irrevocabilidad; pero los motivos por los que se ha llegado a esta conclusión en tales casos constituyen la demostración más eficaz de que en la generalidad de los contratos a favor de tercero, no típicos, debe considerarse la revocabilidad como lo regular y normal

---

(44) UNGER, ob. cit., pág. 64.

(45) Véase los autores citados por DNIESTRANSKY, en la ob. cit., pág. 60.

(46) Cfr. especialmente las obras de BÄHR y de REGELSBERGER, ya citadas antes.

## § 7.º EL DERECHO DEL TERCERO Y EL DEL ESTIPULANTE (47)

Uno de los problemas más delicados en toda la doctrina de los contratos a favor de tercero es el que se refiere a la posición del estipulante y del tercero frente al promitente. Si el contrato es válido, el tercero adquiere, según la doctrina moderna dominante, un derecho exclusivamente suyo de acción contra el promitente. Y se plantea la cuestión de si también debe atribuirse al estipulante del contrato un derecho parecido; y en caso afirmativo, cuál es su naturaleza, qué contenido debe atribuírsele y en qué relación se encuentra con el derecho que por el mismo contrato se concede al tercero. Ya no es uniforme y concorde la respuesta dada por la doctrina a la primera de estas cuestiones.

En realidad, el problema planteado de este modo general tiene dos aspectos y puede ser resuelto de dos modos diversos y hasta opuestos. Se puede pensar que el papel del estipulante queda terminado, y su misión cumplida, en el momento en que, terminado el contrato, ha nacido ya el derecho de acción para el tercero. Que éste haga luego valer, o no, este derecho es algo que puede considerarse como una circunstancia secundaria: lo importante es que haya tenido la posibilidad de hacerlo valer. Esta posibilidad puede ser considerada como la más completa satisfacción del interés que movió al estipulante a contratar en favor de un tercero, puesto que, una vez ejercida esa posibilidad, es inconcebible que el propio estipulante tenga que actuar contra el obligado.

Pero, por otra parte, puede también concebirse la misión del estipulante de modo muy diverso y hasta opuesto al anterior. Se puede pensar, en efecto, que su misión consiste en obtener que se realice una determinada prestación a favor del tercero: de donde puede estimarse muy natural que, cuando el obligado no la haga espontáneamente, o el tercero no la exija, quede reservado al estipulante el derecho a actuar contra el obligado para lograr que cumpla lo pactado en favor del tercero, y subsidiariamente obtenga el resarcimiento que le corresponda por el interés propio que le movió y que ha quedado sin satisfacer al no realizarse la prestación convenida.

---

(47) Véase UNGER, ob. cit., págs. 61, 63 y 67; GÖMORY, ob. cit., págs. 24, 26, 30, 150 y 151; EHRENZWEIG, ob. cit., págs. 125-126 y 123, n. 9.



Ambas posibles soluciones del problema se hallan sostenidas por la doctrina jurídica. Sólo que me parece que no ha sido tenido en cuenta siempre el presupuesto lógico de que ambas se derivan (que es el que yo he señalado aquí precisamente) y a ello se debe el haber caído en alguna inexactitud. Siempre que se quiera admitir la existencia del derecho en el estipulante a obrar contra el obligado en estos contratos, es preciso reconocer que éste su derecho debe estar en relación con el que es propio del tercero. El separarlos, como ha hecho algún autor, negando cualquier clase de nexo entre ellos, no puede ser justificado, y conduce, además, a consecuencias prácticas inaceptables.

Los autores que están de acuerdo en admitir que el estipulante tenga un derecho contra el promitente, en relación con la prestación a favor del tercero, se alejan unos de otros, tan pronto como llegan a determinar cuál sea ese derecho. Unos, sólo se lo reconocen en aquellos casos en que se le haya reservado expresamente al celebrar el contrato; otros, por el contrario, se lo reconocen siempre. Unos, admiten que esta acción debe servir al estipulante para obtener del obligado la ejecución de la prestación debida al tercero; mientras que otros creen que sólo debe tener alcance para obtener el resarcimiento de daños en los casos de incumplimiento, o para hacer valer alguno, o todos, los derechos accesorios al derecho a exigir la prestación, que queda reservado exclusivamente al tercero.

No existe mayor concordia de ideas en lo referente a la definición de la relación entre el derecho del tercero y el del estipulante. ¿Se trata de una relación de solidaridad activa? Y si no lo es, ¿a qué otra relación puede ser comparada? La doctrina jurídica no sabe dar una respuesta única y convincente a esta y otras preguntas semejantes. Antes que eso, lo que logra es poner en evidencia una serie de dificultades a que da lugar el admitir el concurso del derecho del estipulante con el del tercero. Y así se pregunta EHRENZWEIG, por ejemplo: ¿qué habrá de pensarse, en el caso de que sólo la acción del tercero, o sólo la del estipulante, quede eficaz? ¿Quedarán liberados el promitente? Y el estipulante, ¿podrá ceder su acción? ¡No es fácil tarea responder a estas preguntas con la base única de la doctrina general del contrato a favor de tercero!

Ya de nuestra exposición sobre el estado de la doctrina sobre estos contratos resulta con suficiente claridad la falta absoluta, en esta cuestión, de la unidad de opiniones. Podría pensarse, y se ha pensado en

efecto, en conciliar las más opuestas opiniones renunciando a dar una regla fija sobre esta cuestión, y haciéndolo depender todo de la voluntad de las partes contratantes (48). Pero con tal solución, si se reducen las dificultades en el campo doctrinal, se aumentan y multiplican en la práctica, ya que, si se puede concebir, en teoría, que los dos contratantes dirijan su voluntad a producir este o aquel efecto, no se puede afirmar, en verdad, con igual seguridad que suceda esto en la vida real. Es preciso, pues, buscar por otro camino la solución a este problema. Camino que yo he indicado repetidas veces ya, y que consiste en renunciar a cualquier tentativa dirigida a resolver el problema del concurso de los derechos del estipulante y del tercero de un modo abstracto y general, o sea de modo aplicable a todo contrato válido a favor de tercero, y conduce, por el contrario, a proponerse y resolver el problema en cada caso concreto de contrato típico y válido a favor de tercero, admitido por la ley positiva.

No es el libre arbitrio de las partes sino la naturaleza de la relación económicosocial, 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 entre 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 que el derecho nacido del contrato pertenezca sucesivamente a uno y luego al otro; 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: el que se dé una u otra dependerá siempre más de la naturaleza de la relación económicosocial en que consiste el contrato que de la voluntad de las partes. El contrato de transporte, por ejemplo, no respondería ciertamente a su función en la vida comercial si no atribuyese al remitente el derecho de dar una contraorden al transportista, y decidir así el derecho del destinatario; el contrato de seguro de vida a favor de tercero no

---

(48) Cfr. RAPPAPORTS, *Die Einreden aus dem fremdem Rechtsverhältnis*, Berlín, 1901.

estaría regulado en armonía con la finalidad que con él se quiere alcanzar, si se admitiese que de él nazca, en todos los casos, *illicito et immediate*, un derecho efectivo y actual para el beneficiario.

### § 8.º DE LAS RELACIONES ENTRE EL OBLIGADO Y EL TERCERO

La consideración de las relaciones entre el obligado y el tercero da lugar también a problemas de gran importancia práctica. En esta cuestión debe fijarse, ante todo, la *causa* que debe atribuirse al derecho del tercero; y por otra parte, las excepciones que el obligado puede oponer al tercero. La determinación de la *causa* de ese derecho es indispensable en el caso de llegar el promitente a estar en quiebra, para la acertada graduación de créditos; el determinar qué excepciones pueden ejercerse por el obligado es de suma importancia para poder determinar exactamente el contenido del mismo derecho del tercero... Estos dos problemas, sin embargo, están subordinados naturalmente a la solución del problema, principal y fundamental, de la naturaleza del derecho del tercero.

Aquellos escritores para quienes este derecho no es derecho autónomo e independiente, sino el mismo derecho del estipulante, transmitido mediante una fingida cesión o mediante *mandatum agendi*, no encuentran la menor dificultad en este problema: la *causa* de este derecho ha de ser buscada en el contrato celebrado entre estipulante y promitente, y éste podrá utilizar, en general, frente al tercero, todas las excepciones que habría podido hacer valer frente al estipulante. En cambio, se presentan graves dificultades para aquellos que sostienen que el derecho del tercero es un derecho suyo, propio e independiente, y diverso del derecho que del mismo contrato podría haber nacido para el estipulante. A estos autores se les ofrece esta alternativa: o negar que el derecho del tercero tenga una *causa* material, y rechazar, por tanto, que el promitente pueda hacer valer frente a él excepciones, fundadas sobre la *causa* del contrato celebrado con el estipulante, o sobre relaciones existentes entre ambas partes contratantes; o, por el contrario, atribuir al derecho del tercero como *causa* la misma del contrato celebrado, y del que ese derecho se deriva (49). No se puede

---

(49) Cfr. DANZ, ob. cit., pág. 120.

evitar esta alternativa, siempre que se quiera resolver el problema en abstracto, mediante una teoría general del contrato a favor de tercero; y esa es, precisamente, la situación en que se encuentra la doctrina moderna.

Y sin embargo, es evidente que tanto una como la otra de esas dos posibles soluciones están expuestas a serias críticas. La primera, hace depender el derecho del tercero del libre arbitrio de los contratantes, en absoluto (hace de él —como observa bien EHRENZWEIG— *ein Kind der schrankenlosen schaffenden Willkür der Contrahenten*); y si bien no tiene en sí nada que sea inadmisibles teóricamente, en cambio en la práctica se manifiesta lo desorbitado de la misma, en la generalidad de los casos. La segunda, responde mejor, por el contrario, a las necesidades prácticas de la mayoría de los casos, y por eso es la dominante hoy, pero en cambio se encuentra en cierta contradicción con la doctrina renovadora sobre la índole autónoma e independiente del derecho del tercero. Según ella, en efecto, este derecho se encuentra en tal dependencia respecto al contrato de que se deriva, y respecto a las relaciones entre las partes contratantes del mismo, que bien puede decirse que su autonomía queda reducida a una simple sombra de tal. El derecho del tercero es considerado como distinto del que habría podido adquirir el estipulante para sí de no haber estipulado a favor de un tercero; pero en sustancia a éste se le atribuye un derecho con igual contenido que habría tenido aquél. Esta contradicción, en la que acaba por enredarse la doctrina innovadora, ha sido destacada por EHRENZWEIG, que cree, sin embargo, que desaparece si se considera el contrato a favor de tercero, como lo considera él, como una forma secundaria de un fenómeno más general: o sea, del contrato con partes divididas o separadas. Pero no me es posible seguir al sutil escritor en este terreno (50).

---

(50) La falta de unanimidad de opiniones sobre la índole jurídica del contrato a favor de terceros se manifiesta también en la variada terminología empleada para indicar esta institución. Ni siquiera sobre este punto hay acuerdo. En general, es verdad que se habla de *Verträge zu Gunsten Dritter*, pero no faltan escritores que querrían desterrar esta terminología. Así LEONHARD, en la ob. cit., pág. 24 y siguientes, sostiene que sería mejor hablar de *Verträge für das Vermögen eines Dritten*. SIEGEL habla de *Schuldversprechen zu fremden Händen*. El nuevo Código alemán trata de esta institución bajo el título *Versprechen der Leistung an einem Dritten*.

Más bien me parece que también aquí la oposición entre las diversas opiniones que se mantienen, y lo que de exagerado, inadmisibles o contradictorio pueda darse en alguna de ellas, desaparece en cuanto se renuncie a dar al problema una solución genérica y única para el contrato a favor de tercero en abstracto, y se admita, en cambio, que el problema debe ser resuelto, separada e independientemente, en cada uno de los típicos contratos que se presenten. A esta opinión me inclina la consideración de que, según sea la relación económicosocial contenida en el contrato, y según los fines que se buscan con él, y la función que se atribuya a su validez, puede ser útil el tratarlo de un modo o de otro. La teoría que hace del derecho del tercero un derecho abstracto, es ciertamente inaceptable, como teoría general aplicable a todos los contratos a favor de tercero; pero en algún caso especial podría ser considerada, en cambio, como la más conveniente. En efecto, podemos suponer que en un contrato determinado a favor de tercero sea útil aislar la obligación que asume el promitente para con el tercero, del contrato de que se deriva, dejando que los efectos nacidos en los vicios que ocasionalmente puedan afectar al contrato produzcan sus efectos sólo entre las partes contratantes. En tal caso podremos, sin la menor vacilación, afirmar que el derecho del tercero es un *derecho abstracto*. Pero en la generalidad de los casos esta abstracción de la *causa* del contrato, en cuanto se refiere al derecho del tercero, no será necesaria en absoluto, y entonces ese derecho deberá tener su propia causa, que estará en el contrato celebrado entre el estipulante y el promitente, pero no considerado como un sencillo contrato normal (como lo sería si las partes contratantes lo hubiesen celebrado entre y para ellas solo), sino como un contrato con un fin especial que no es otro sino el del contrato *a favor de tercero*. Todo lo cual se puede, también, expresar diciendo que la *causa* del derecho del tercero está en la ley que reconoce, en los casos especiales, la validez del contrato realizado en favor suyo.

• Este modo de considerar el problema de la *causa* del derecho del ter-

---

KOHLER, en fin, quería que se llamase *Verträge mit unmittelbarem Rechtserwerb eines Dritten*. Esta disparidad de opiniones sobre el modo de designar una única institución es ya sintomática; por lo demás, no es sino un reflejo de tanta disputa y tanta lucha sobre los requisitos y sobre los efectos que deben atribuirse a la misma institución. Véase también HELLWIG, ob. cit., págs. 42-44.

cero es, quizá, también el más apropiado para la determinación de las excepciones que ha de pensarse pueda oponer el promitente al tercero. Punto éste sobre el que también discrepan las diversas doctrinas. Se admite, en general, que el promitente puede ejercer, frente al tercero, todas las excepciones fundadas sobre el contrato, en cuanto que la base jurídica del derecho del tercero es siempre el mismo contrato realizado en su favor; pero en lo referente a las demás excepciones posibles, reina la mayor inseguridad. Algunos rechazan el ejercicio por el promitente de las excepciones *ex persona stipulantis*; otros, en cambio, sostienen, y son la mayoría, que el promitente puede ejercer todas las acciones que habría podido ejercer contra el estipulante, salvo la excepción de compensación; muchos no creen posible dar una regla fija sobre el particular, mientras que por otros, aún se hace depender la resolución del problema de la voluntad de las partes contratantes. No puedo entrar en un análisis minucioso de estas distintas opiniones que me llevaría más allá del fin que me he propuesto en esta parte de mi trabajo, que sólo es descubrir el estado patológico de la ciencia jurídica en la teoría general del contrato a favor de tercero, más que el hacer una crítica suya detallada. Me limitaré, por tanto, a algunas observaciones dirigidas a demostrar que, también lo referente a las excepciones que pueden concederse al promitente contra el tercero, no es posible, o al menos no es oportuno, dar una regla general y única que sea aplicable a todos los contratos a favor de tercero.

A este objeto, creo útil examinar la excepción de compensación, basada en la existencia de un crédito del promitente contra el estipulante, para ver, prescindiendo de propósito de cualquiera disposición del Derecho romano o moderno, si en algunos casos puede parecer oportuno concederla al promitente frente al tercero. Y me parece que tomando en consideración solamente algún caso típico de contrato a favor de tercero, como, por ejemplo, el seguro de vida, o el contrato con las Cajas de Pensiones a las viudas, se encuentra uno inclinado a rechazar, al menos en el campo de los principios, la concesión de tal excepción. Si después se busca el motivo que induce a tomar esta decisión, se verá pronto que no se funda en el organismo jurídico del contrato a favor de tercero, y menos aún en la voluntad de las partes. Para explicarla es preciso acudir, también en este caso, a la naturaleza de la relación económicosocial que contiene el contrato. En realidad, para lograr un seguro y conveniente funcionamiento de esta institución, es preciso,

o al menos bastante útil, en especial en algunos casos, aislar en cierto modo las operaciones jurídicas de que el contrato consta de las obligaciones que se derivan de él. Del mismo modo que la suma asegurada (en el caso del seguro), debe ser conservada intacta para el beneficiario, salvo que el asegurado no disponga otra cosa, debe estar el beneficiario suficientemente defendido frente a las pretensiones de la empresa aseguradora que quisiera, *ope compensationis ex persona promittentis*, disminuirla o negarla. Lo mismo puede decirse respecto al caso de las pensiones. Pero los motivos que determinan, o pueden determinar, esta forma de tratar la cuestión, nos demuestran también la especialidad del caso. Son motivos inspirados o dictados por la función especial de esas instituciones, por aquélla misma función que ha determinado la constitución de sociedades disciplinadas y organizadas de modo especial y exacto, que han asumido la realización y ejercicio de estos contratos.

Si se prescinde de estos casos típicos y se repite la misma pregunta en los demás casos, que son considerados también por la doctrina moderna como contratos válidos a favor de tercero (como, por ejemplo, la asunción de las deudas de una empresa realizada en el acto de su compra; o la compra de un establecimiento con la obligación de pagar su precio a un tercero, acreedor del que lo vende), la respuesta no será por precisión la misma. En efecto: ¿por qué habría de negarse al que comprara una empresa en tales condiciones el ejercicio, contra un acreedor de ésta, de una excepción de compensación que habría podido hacer valer frente a quien se la vendió? Si el comprador de la empresa asume la obligación de pagar sus deudas es por que se presupone que debe por su parte otro tanto en concepto del precio debido por la compra. En tanto tendrán los acreedores de la empresa acción contra él en cuanto sea lo que él deba al primitivo deudor enajenante. Con estos antecedentes parece lógico conceder a tal comprador la facultad de oponer a los acreedores en compensación aquellos créditos que habría podido oponer, en compensación también, al vendedor de la empresa que lo hubiese convenido al fijar el precio.

A la misma conclusión puede llegarse en el caso de una compra con pacto de pagar el precio a terceros, acreedores del vendedor. Tampoco puede admitirse, en general, en estos casos, que el comprador pudiese quedar, por el precio debido, más obligado frente a los terceros, acreedores del vendedor, de lo que hubiese quedado frente al vende-

dor mismo; y como a éste, de acuerdo con lo que hubiese sido convenido, siempre habría podido oponer la compensación, parece justo concederle esa facultad contra los acreedores de aquel a quienes se haya obligado a pagar el precio. Estos acreedores conservan, en general, sus acciones contra el vendedor y no puede pensarse, por tanto, que queden injustamente perjudicados en el caso de no lograr del comprador el pago íntegro de su crédito.

Si estas consideraciones (que podrían repetirse para el caso de mutuo con pacto de restitución a favor de un tercero, y para otros contratos a favor de tercero, privados de especiales funciones económico-sociales), tiene algún valor, más fundada podrá parecer la tesis fundamental en cuyo apoyo han sido aducidas por mí. Y tanto más cuanto que están dirigidas a echar, por lo menos, la duda sobre un principio en el que los escritores más opuestos tienden a ponerse de acuerdo: el principio según el cual el obligado a favor de un tercero no debería, por norma, poder oponer a éste excepciones de compensación *ex persona promissarii*.

#### BIBLIOGRAFIA

En la exposición que antecede he evitado, en general, indicar minuciosamente las fuentes en que me he informado y sobre las que he fundado el resumen crítico que he hecho de la doctrina civilista germánica. El justificar con citas exactas las numerosas afirmaciones que ese resumen contiene me hubiera obligado a interrumpir a cada paso, necesariamente, con citas continuas, una exposición por sí misma árida y pesada. Y creo oportuno, ahora, remediar esa laguna, indicando, por orden cronológico, las publicaciones más importantes sobre los contratos a favor de tercero, completando en algunos casos esas indicaciones con breves notas sobre su contenido. En esta bibliografía razonada, he tenido en cuenta, en general, solamente las obras monográficas. Sólo he creído conveniente hacer una excepción para algunos tratados de índole general, en los que se halla estudiada esta materia con especial cuidado y originalidad. Estos tratados son los siguientes: el *Tratado de las Obligaciones*, de SAVIGNY; las *Pandectas*, de BRINZ; y de WINDSCHEID-KIPP; el *Manual del Derecho privado alemán*, de STOBBE, y el reciente manual de AMIRA. No pretendo, naturalmente, que esta bibliografía sea completa; incluso he excluido a propósito algunas obras, pero creo que no falta en ella ninguna monografía fundamental para el tema estudiado. Tampoco he creído conveniente hacer distinción entre las publicaciones germánicas y las francesas e italianas, porque este segundo grupo, en lo referente a los contratos a favor de tercero, está bajo la más directa



influencia de la doctrina germánica, de la que unas veces viene a ser una genial explicación, y otras una mera reproducción solamente. En fin, he creído que era mi deber indicar con un asterisco aquellas obras y publicaciones de las que no tengo conocimiento directo, o que no he podido leer íntegramente.

1. KAMMERER: *Beiträge zur Lehre vom Schlüssel oder Heergelde*. («Contribución a la teoría, etc.».) Año 1833.
2. MÜHLENBRUCH: *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*. («Teoría de la cesión de los créditos.») 3.<sup>a</sup> ed. Greifswald, 1836.
- 3\* BESELER: *Die Lehre von den Erbverträgen*. («Teoría de los contratos sucesorios.») Parte II, I, § 2, pág. 75 y sigs. Göttingen, 1837.
- 3 bis. BESELER: *Deutsches Privatrecht*. («Derecho privado alemán.») 4.<sup>a</sup> edición, 1885, § 120, núm. 3. La primera edición de esta obra es de 1853.
4. HEYER: *Abhandlungen aus verschiedenen Theilen der Rechtswissenschaft*. N. 1. Giessen, 1841. (Monografías sobre diversas partes de la ciencia del Derecho.)
5. PFEIFFER: *Die rechtlichen Verhältnisse der Wittwenkassen*. («De las relaciones jurídicas relativas a las Cajas de pensión para las viudas.») En la «*Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*». Vol. IX, págs. 441-486. Tübingen, 1845.
6. HEYER: *Ist ein Vertrag zum Vortheil eines Dritten ungültig?* («¿Es inválido el contrato a favor de tercero?») En la «*Zeitschrift für civilrecht und Process*», dirigida por Linde Marezoll y Schröter. Volumen III de la nueva serie, págs. 1-47. Giessen, 1847.
- 7\* STRIPPELMANN: *Neue Sammlung bemerkenswerthen Entscheidungen des OA. Gerichts zu Cassel*. («Nueva colección de Sentencias del Tribunal Superior de Apelación de Casel.») Vol. V, pág. 1 y siguientes. Casel, 1848. Un resumen de esta obra se encuentra también en el Archivo de Seuffert. Vol. III, núm. 3.
8. BUCHKA: *Die Lehre von der Stellvertretung bei Verträgen*. («La teoría de la representación en los contratos.») Rostock und Schwerin, 1852.

Esta obra se ocupa poco de los contratos a favor de terceros, y eso para negarlos; sin embargo, se incluye aquí por la estrecha relación existente entre estos contratos y la teoría de la representación. Contiene el primer tratado amplio de la representación directa, después del contenido en la obra de MÜHLENBRUCH citada en el núm. 2; y una

historia de las teorías referentes a esta institución, que sirvió de base a todas las historias posteriores sobre el contrato a favor de tercero escritas por GAREIS, PANOFKY y TARTUFARI.

Recensiones de la misma se deben a

9. DERNBURG: En la «*Kritische Zeitschrift für gesammte Rechtswissenschaft*». Vol. 1, págs. 1-21. Heilderberg, 1853. Y
10. BRINZ: En sus *Kritische Blätter civilistischen Inhalts*. («Hojas críticas de contenido civil».) Núm. 2, a propósito del libro de BUCHKA antes citado, págs. 1-42. Erlangen, 1852.
11. SAVIGNY: *Das Obligationenrecht*. («El derecho de las Obligaciones».) BUCHKA, 1851-53, vol. II, §§ 53-60.  
También esta parte del tratado de SAVIGNY se refiere más a la teoría de la representación que a la de los auténticos contratos a favor de tercero, en el sentido de la doctrina actual. SAVIGNY coloca la institución del contrato a favor de tercero en la teoría de la representación, pero a pesar de esto, y precisamente por eso, debe tenerse en cuenta su opinión.
12. SCHEURL: *Stellvertretung insbesondere bei Begründung von Obligationen* («De la representación, especialmente en la constitución de las obligaciones.») A propósito de los trabajos precedentes de MÜHLENBRUCH, SAVIGNY, BUCHKA, DERNBURG, BRINZ, y del tratado de PUCHTA: *Pandenkten und Vorlesungen*, §§ 52-53, y del *Cursus der Institutionen*, vol. II, § 203: En la «*Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*». Vol. I, páginas 315-338. München, 1853.
13. DELBRÜCHK: *Die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Rechte*. («La asunción de las deudas de otro, según el Derecho común y prusiano».) Berlín, 1853.
14. IHERING: *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*. («Cooperación en los negocios jurídicos ajenos.») Publicada en el «*Jahrbücher für die Dogmatik*». Vol. I, págs. 273-356, y vol. II, págs. 67-180. Jena. 1857-58.

Se hace especial mención aquí de esta obra importante, porque si bien sólo se trata en ella indirectamente el tema de los contratos a favor de tercero, en cuanto pudiera deducirse de la investigación

más general emprendida por el autor, sin embargo, contiene observaciones de gran valor sugestivo, como sucede en general con todas las obras de este genial escritor, incluso las menos felices.

Obras que tratan de modo concreto de los contratos a favor de tercero, en el sentido de la doctrina moderna, o sea como institución autónoma y distinta de la representación que le es afín :

16. BUSCH: *Doctrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter, nebst Belegen aus der Praxis der höchsten Gerichtshofe der einzelnen Staaten Deutschlands.* («Teoría práctica sobre la validez de los contratos a favor de tercero, etc.».) Publicada en un apéndice al vol. 43 del «Archiv für die civilistische Praxis». Heildeberg, 1860.
17. BÄHR: *Ueber die s. g. Verträge zu Gunsten Dritter.* («Sobre los llamados contratos a favor de terceros».) En el «Jahrbücher für die Dogmatik». Vol. VI, págs. 131-186. Jena, 1863. Sobre la teoría expuesta en este trabajo, véase en las páginas de esta obra 96-98 y confróntese más adelante el núm. 40 de esta bibliografía. Confróntese también en el «Archiv für die civ. Praxis». Vol. 67, página 171.
- 18\* ZÄNN: *Zur Lehre von der sogenannten fingirter Cession, der Stellvertretung, den sogenannten fingirten Verträgen zu Gunsten Dritter und der Schuldübernahme.* («Sobre la teoría de la llamada cesión simulada, de la representación, de los contratos a favor de tercero, y de la asunción de las deudas ajenas».) En el «Archiv für practische Rechtswissenschaft». Nueva serie, vol. I, págs. 11-60 y 113-114. Damstadt, 1864.
19. PLÄNNER: *Ueber offene und verschlossene Briefe.* («Cartas abiertas y cartas cerradas».) En el «Archiv für die civilistische Praxis». Volumen 50, págs. 105-120, y págs. 212-253. Heildelberg, 1867.
20. LEMAYER: *Die Verträge zu Gunsten Dritter.* («Los contratos a favor de tercero».) En la «Allgemeine österreichische Gerichtszeitung». 1869, pág. 325-25, 329-30, 333-35, 337, 339, 341-42 y 345-47.

Esta obra fué consecuencia de la de UNGER, de la que constituye una amplia y aguda crítica. Y llega la fecha de 1869, porque la obra de UNGER fué difundida en extracto antes de que apareciese el fascículo del «Jahrbücher» en que apareció publicada entera.

21. UNGER: *Die Verträge zu Gunsten Dritter*. («Los contratos a favor de tercero».) Publicada en el «Jahrbücher für die Dogmatik». Vol. 10, páginas 1-160.

Esta monografía ha ejercido una enorme influencia sobre la doctrina posterior. Contiene un luminoso resumen de las teorías precedentes sostenidas por la doctrina jurídica, y del estado de las legislaciones sobre esta clase de contratos hasta 1870. Se publicó una traducción italiana por FORLANI, en la «Gazzetta de los Tribunales», de Trieste, año IX. Cfr. también al mismo UNGER: *Zur Revision des all. b. G. B.*, en la «Grünhuts Zeitschrift», XXXI (1894), pág. 398, número 29.

22. REGELSBERGER: *Bemerkungen zu Unger's Verträge zu Gunsten Dritter*. (Observaciones sobre la obra de Unger: «Los contratos a favor de tercero».) Publicada en la «Kritische Vierteljahresschrift». Volumen XI, págs. 558-559. München, 1869.

También este trabajo lleva fecha anterior a la misma obra de UNGER que comenta, por la misma razón expuesta en el núm. 20 anterior.

23. BAURIDL: *Ueber die Gültigkeit und Klagbarkeit der Verträge zu Gunsten Dritter, nach gemeinem und bayerischem Landrechte*. («Sobre la validez y accionabilidad de los contratos a favor de tercero, según el Derecho común y el Derecho territorial bávaro».) Obra de poco valor, publicada en la «Zeitschrift des Anwaltvereins für Bayern». Vol. XII, págs. 17-26, 36-46, 81-88, 97-104 y 113-119. München, 1872.
24. SIEGEL: *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht*. («La promesa, como causa de las obligaciones en el Derecho moderno».)

También este libro genial ha ejercido una gran influencia sobre las doctrinas posteriores, y ha dado origen al libro del número siguiente.

25. HOFFMAN: *Die Entstehungsgründe der Obligationen insbesondere der Vertrag mit Rücksicht auf Siegel's «Das Versprechen als Verpflichtungsgrund»*. («Las fuentes de las obligaciones, y de modo particular del contrato, con referencia especial al libro de Siegel antes citado».) Viena, 1874.

También la obra citada en el núm. 24 dió motivo a otra obra :

26. UNGER: *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigem Recht.* («La promesa como fuente de las obligaciones en el Derecho moderno.») Publicada en la «*Zeitschrift für das Privat und Öffentliche Recht der Gegenwart*». Vol. I, págs. 357-374. Viena, 1874.

En cambio es desfavorable, por lo menos en lo referente a la teoría fundamental sostenida en aquella obra, la de :

27. GAREIS: Crítica a la obra reseñada en el núm. 24, y publicada en la «*Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung*». Vol. XIII, páginas 180-186.

De este mismo autor es una de las obras más importantes sobre los contratos a favor de tercero. Y es la :

28. GAREIS: *Die Verträge zu Gunsten Dritter.* («Los contratos a favor de tercero.») Würzburg, 1873.

Esta obra contiene una amplia historia de las teorías sobre los contratos a favor de tercero, en la que han bebido, casi exclusivamente, todos los escritores posteriores; además, contiene un análisis minucioso de las varias disposiciones legislativas, y un examen minucioso de los diversos contratos a favor de tercero. Es la obra más completa escrita sobre este asunto, y ha ejercido una gran influencia sobre la doctrina posterior.

De ella han escrito críticas y recensiones :

29. STOBBE: En la «*Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*». Vol. XIX de la Nueva Serie, págs. 300-305. Stuttgart, 1874.
30. PFAFF: En la «*Zeitschrift für das Privat und Öffentliche Recht*». Volumen I, págs. 212-220. Viena, 1874.

Debe tenerse en cuenta que las obras de SIEGEL y de GAREIS apreciaron al mismo tiempo, por lo que no pudieron sus autores aludirse mutuamente. Una recensión de ambas obras es la contenida en la obra de :

31. BEHREND: *Zum deutschen Obligationenrecht.* («Sobre el Derecho alemán de las obligaciones.») Publicada en la «*Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung*», dirigida por el mismo autor. Vol. VIII, páginas 187-192. Berlín, 1875.

32. ZIMMERMANN: *Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio, mit Beiträgen zur Lehre von der Stellvertretung überhaupt, von der Verträgen zu Gunsten Dritter und von dem Schweben der Rechtsverhältnisse.* («La teoría de la «negotiorum gestio» representativa, con aportaciones a las teorías de la representación, de los contratos a favor de tercero y a la discusión sobre las relaciones jurídicas».) Strasburgo, 1876.

Es notable la parte de esta obra en que el autor intenta determinar el criterio de distinción entre el contrato realizado por medio de representante y el celebrado en favor de tercero. La teoría desarrollada por el autor, siguiendo las huellas de BÄHR (ver el núm. 17), ha sido seguida y precisada después por LEONHARD (ver núm. 56) y combatida por COHEN (ver núm. 54). Sobre esta obra de ZIMMERMANN es interesante la recensión de:

33. HELLMANN: En la «*Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*». Vol. 19, págs. 349-371. Munich, 1877.
- 33 bis. KARLOWA: *Das Rechtsgeschäft.* («El negocio jurídico».) § 12, 1877.
34. PANOFSKY: *Die Verträge zu Gunsten Dritter, ein Beitrag zu Lehre von Verträge.* («Los contratos a favor de tercero. Aportación a la teoría del contrato».) Berlín, 1877.

Sólo se trata de una disertación inaugural, escrita siguiendo los pasos de GAREIS, pero muy cuidada, y con observaciones interesantes.

35. STEINBACH: *Die Wirkung vertragsmässiger und letztwilliger Veräußerungs und Belastungsverbote nach österreichischem Rechte.* («Del efecto de las prohibiciones de enajenar por actos «inter vivos» y «mortis causa», según el derecho austríaco».) Publicada en el «*Allgemeine österreichische Gerichtszeitung*». 1877, núms. 39-46.

Sólo se ocupa de los contratos a favor de tercero en las páginas 44-45 y 174-176, discutiendo con UNGER, y con referencia exclusiva al derecho austríaco.

36. KNAUS: *Die sogenannten Verträge zu Gunsten Dritter nach röm. Recht.* («Los llamados contratos a favor de tercero, según el Derecho romano».) Berlín, 1875. Hay traducción italiana de LEONI, inserta en el «*Filangieri*». Nápoles, 1881.
37. HELLMANN: *Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften.* («La representación en los negocios jurídicos».) Munich, 1882.

Se incluye esta obra aquí en cuanto que, sosteniendo el autor

en ella que el Derecho romano había reconocido ya la representación directa, aplica exclusivamente a la prohibición de los contratos a favor de tercero muchos textos que, por el contrario, se referían a la representación.

Por igual motivo se cita la obra siguiente:

38. MITTEIS: *Die Lehre von der Stellvertretung*. («La teoría de la representación».) Viena, 1885.

En ella afirma el autor (pág. 68), que el Derecho romano no tuvo ninguna repugnancia, en principio, a los contratos a favor de tercero.

39. REGELBERGER: *Die Handelsgeschäfte*. («Las operaciones de comercio».) En el «Handbuch des deutschen Handels-See und Wechselrechtes», de ENDEMAN. Vol. II, págs. 473-478. Leipzig, 1882.

En relación con ésta debe consultarse la recensión de GIERGE, en la «Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht». Vol. 29 (nueva serie), pág. 284, 1884.

40. BÄHR: *Urtheile des Reichsgericht mit Besprechungen*. («Sentencias del Tribunal del Imperio», comentadas.) Tomo X, págs. 70-113. Munich, 1883.

El autor repite aquí su tesis ya expuesta en la obra citada en el número 17.

41. REGELBERGER: *Ueber die Verträge zu Gunsten Dritter und über die Schuldübernahme*. («Sobre los contratos a favor de tercero y sobre la asunción de las deudas ajenas».) Publicada en el «Archiv für die civilistische Praxis». Vol. 67, nueva serie, 17, págs. 1-41. Friburgo de Brisg. y Tübinga, 1884.

Esta obra, dedicada a dar una sólida base a la teoría expuesta por el autor en la obra citada en el núm. 22, contiene un ataque muy vivo contra la teoría de BÄHR, expuesta en el núm. 17 y en el 40, y fué a su vez objeto de otra contestación, igualmente viva, por parte de BÄHR, con su obra nueva:

42. BÄHR: *Ueber die Verträge zu Gunsten Dritter und über die Schuldübernahme*. («Sobre los contratos a favor de tercero, y la asunción de las deudas ajenas».) Publicada en el «Archiv für die civilistische Praxis». Vol. 67 (nueva serie, vol. 17), pág. 157-191.

Esta polémica entre ambos autores es de las más instructivas e interesantes, y ha dado lugar a otra obra, que es la siguiente:

43. KRASNOPOLSKI: Trabajo publicado en la «Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart». Vol. XII, págs. 215-217. Viena, 1884. Cfr. también «Kritische Vierteljahreschrift». XXX, 1888, págs. 380 y sigs.
44. STOBBE: *Handbuch des deutschen Privatrechtes*. («Manual del Derecho privado alemán.») § 172, págs. 110-126. 2.<sup>a</sup> edic. Berlín, 1885, 3, § 225.
45. DANZ: *Die Forderungsüberweisung und die Verträge zu Gunsten Dritter nach gemeinem Recht*. («La delegación de créditos y los contratos a favor de tercero, según el Derecho común.») Leipzig, 1886.
46. WINDSCHEID-KIPP: *Lehrbuch des Pandektenrechts*. («Tratado de las Pandectas.») 7.<sup>a</sup> edic. 316 y 316 a, y las notas.
47. VIVANTE: *Il contratto d'assicurazione*. Vol. III. Milán, 1887.  

Se trata de una obra clásica, que hace honor a la ciencia jurídica italiana. Cfr. también su «Tratado». 3.<sup>a</sup> edic., vol. IV, págs. 391 y siguientes.
- 47 bis. POSITIANO DE ROSSI: *Le stipulazioni per altrui*. Comentarios al art. 1.128 del Código civil, en la «Rev. Jurídica de Trani». 1887.
48. MANARA: *Il destinatario nel contratto di trasporto, secondo il codice de commercio italiano*. En la «Revista Italiana para las Ciencias Jurídicas». Dirigida por Schupfer y Fusinato. Vol. VI, págs. 1-64. Roma, 1888.
- 48 bis. MAIORANA: *I contratti a favore di terzi*. En el Círculo Jurídico. 1888.
49. TARTUFARI: *Dei contratti a favore di terzi*. Verona, 1889.

Esta obra del autorizado civilista de Parma tiene su origen en una tesis de doctorado, y así no es otra cosa que aquella misma tesis ampliada, y como tal digna de todo encomio. Si bien, en mi opinión, sigue este autor demasiado fielmente a GAREIS, sin embargo, demuestra estar completamente penetrado de la moderna tendencia de la doctrina germánica, que expone y aclara en sus trazos fundamentales con gran exactitud y claridad.



Sobre esta obra puede verse la recensión siguiente :

50. VIVANTE: Trabajo publicado en la «Revista de las Ciencias Jurídicas», dirigida por Schupfer y Fusinato. Vol. IX, fascículo I.
51. GÖMÖRY: *Der Vertrag zu Gunsten Dritter*. («De los contratos a favor de tercero.») Ulster-Zürich, 1889.
- Sólo se trata de una disertación inaugural, escrita con referencia especial al Código suizo de las obligaciones, pero que se distingue por su claridad y su penetrante visión.
52. ECK: *Die Lebensversicherung zu Gunsten Dritter*. («El seguro de vida a favor de tercero.») Publicada en el «Archiv für bürgerliches Recht». Vol. IV, págs. 17-124. Berlín, 1890.
- Es una sutil tentativa de colocar el contrato de seguro de vida a favor de tercero, bajo la teoría de la *donatio mortis causa*.
53. SALEILLES: *De la cession de dettes*. «Anales de Derecho comercial». Tomo IV, págs. 52-67.
- 53 bis. BONELLI: *L'assicurazione sulla vita, ecc, en «Legge»*, 1890. páginas 52-67.
54. COHEN: *Die Verträge zu Gunsten Dritter in der heutigen gemeinrechtlichen Rechtslehre und Rechtssprechung unter Berücksichtigung des Reichsrechts*. («Los contratos a favor de tercero en el Derecho común actual, etc., etc.») Disertación inaugural. Rostock, 1891.
55. WORMS: *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*. Tesis doctoral. París, 1891.
56. LEONHARD: *Die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten*. («La impugnabilidad de los contratos sobre el patrimonio de un tercero.») Leipzig, 1892.
- Hábil obra, que contiene excelentes observaciones, aunque no nos parecen aceptables algunos de los resultados fundamentales a que llega.
57. BRINZ: *Lehrbuch der Pandekten*. («Tratado de las Pandectas.») Volumen IV, 2.<sup>a</sup> edic. revisada por Lotmar. §§ 584-585. Erlangen y Leipzig, 1892.

58. LAMBERT: *Du contrat en faveur de tiers on fonctionnement, ses applications actualles*. París, 1893.
59. CHAMPEAU: *La stipulation pour autrui et ses principales applications*. París, 1893.
60. MASSA: *I contratti a favore o a carico di terzi, secondo il diritto romano*. «Archivio Giuridico». Vol. 50, págs. 37-68, 199-215 y 344-379. Bolonia, 1893.
- 60 bis. EHRENBERG: *Versicherungsrecht*. («Derecho del seguro».) 1893. Volumen 1, pág. 191, núm. 6.
61. EHRENZWEIG: *Die sogenannten zweigliedrigen Verträge insbesondere die Verträge zu Gunsten Dritter*. («De los llamados negocios jurídicos bilaterales y de los contratos a favor de tercero».) Viena, 1895. Véase antes en el texto de esta obra, pág. 101. Para un amplio informe de esta obra véase la citada en el núm. 67, de Hellwig, en su pág. 146, núm. 298.
62. KRASNOPPOLSKI: *Zur Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter nach österreichischem Recht*. («Sobre la teoría de los contratos a favor de tercero en el Derecho austríaco».) Publicada en la «Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart». Volumen 22, págs. 577-624, 1895.
63. NAVARRINI: *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*. Turín, 1896.
64. AMIRA: *Grundriss des germanischen Rechts*. («Esbozo del Derecho germánico».) Publicada en 2.<sup>a</sup> edición, corregida y aumentada. Strasburgo, 1897.
65. KUNTZE: *Der Gesamttakt, ein neuse Rechisbegriff*. («El acto completo, nuevo concepto jurídico.») Publicada en la «Festgabe für Otto Müller». 1892, pág. 45, núm. 1.
66. PACCHIONI: *I contratti a favore di terzi*. Innsbruck, 1898.
67. HELLWIG: *Die Verträge auf Leistung an Dritte*. («Los contratos de prestación a favor de tercero».) Leipzig, 1899.
68. VON THUR: Recensión al libro de HELLWIG, publicada en la «Kritische Vierteljahresschrift». Vol. 43, pág. 543 y sigs.

69. STAHL: *Die Verträge zu Gunsten Dritter*. («Los contratos a favor de tercero».) Disertación. Bonn, 1899.
70. RICCA BARBERIS: *Il contratto per altri nella sua formazione storica e nella sua funzione economica giuridica odierna*. Sacada de las Memorias de la Real Academia de las Ciencias, de Turín. Serie II. Tomo LII. Turín, 1902.
71. DNIESTRANSKI: *Die Aufträge zu Gunsten Dritter*. («Los mandatos a favor de tercero».) Leipzig, 1904.
72. KIPP: Recensión del libro anterior, publicada en la «*Kritische Vierteljahresschrift*». Vol. 57, págs. 214 y sig.
73. OFNER: *Der Auftrag zu Gunsten eines Dritten kein echter Vertrag zu Gunsten Dritter*. («El mandato a favor de tercero no es un verdadero contrato a favor de tercero».) Publicada en la «*Grünhuts Zeitschrift*». Vol. XVIII, pág. 313 y sig.
74. BONFANTE: Apéndice a la obra de BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE. *Obbligazioni*, vol. I de la trad. italiana. Milán, Edic. Vallardi.

## CAPITULO II

# LOS CONTRATOS A FAVOR DE TERCERO EN LAS LEYES MAS RECIENTES

### § 1.º EL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO EN EL CÓDIGO CIVIL DEL IMPERIO ALEMÁN (1)

Después de tanta discusión doctrinal es natural que el legislador alemán se sintiese obligado a poner en orden, definitivamente, la cuestión del contrato a favor de tercero, resolviendo el problema principal, y cortando por lo sano más de una disputa. Para un legislador

---

#### (1) Bibliografía.

1. *Entwurf* eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsches Reich —Erste Lesung— Ausgearbeitet durch die vom dem Bundesrathe berufene Commission —Amtliche Ausgabe—. Berlin und Leipzig, 1888.
2. *Motive* zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. B. II. Recht der Schuldverhältnisse —Amtliche Ausgabe— Berlin SW. 48. —Guttentag. zweite unveränderte Auflage— 1896, págs. 265-273.
3. GIERKE: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht.—Leipzig, 1889, págs. 220-222.
4. BÄHR: Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Erste Lesung. Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrathe berufene Commission.—Amtliche Ausgabe.—Berlin und Leipzig. J. Guttentag, 1888, en la «Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft». Nueva serie, vol. XI. págs. 380-393, 1888.
5. *Gutachten* aus dem Anwalstande über die erste Lesung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches.—Berlin, 1890, págs. 589-618.—Versprechen der Leistung an einen Dritten und Schuldübernahme von Rechtsanwalt Dr. MARTINIUS in Erfurt.
6. Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes eines

no es fácil sustraerse a la misión para la que le haya designado la opinión pública. Todo Código nuevo debe llevar, más o menos marcada, la impronta de la época en que nace; y no es fácil imaginar que pueda omitir el intento de resolver, en algún modo, las cuestiones más debatidas en el campo doctrinal y en la jurisprudencia de su tiempo. Esta influencia que el movimiento doctrinal ha ejercido siempre sobre toda nueva codificación, se ha sentido, y debía hacerse sentir necesariamente, en grado sumo, en la formación del nuevo Código alemán, ya porque el genio jurídico alemán es de suyo doctrinario, ya porque la doctrina jurídica alemana de esta época ha tenido un poderoso desarrollo, ya, en fin, porque se ha confiado una parte preponderante en la tarea de la codificación, precisamente, a los hombres de ciencia jurídica

Y en cuanto se refiere al contrato hecho a favor de tercero, lo indicado se puede comprobar con toda la deseable seguridad. Se podrá discutir si, al reconocer la validez de estos contratos, en el campo de los principios, ha resucitado o no el nuevo Código un derecho antiguo nacional (2), o si, por el contrario, como creo yo, no ha hecho otra cosa que seguir una corriente doctrinal; pero lo cierto es que la creación de esa institución y la forma de ser tratada en el Código no es una obra original. En todo ello se encuentran más bien reproducidos, concretados en los diversos párrafos de la ley, los resultados alcanzados por algunos de los más modernos autores, no sin encontrar graves críticas y fuerte oposición para llegar a ellos.

Antes de transcribir esos párrafos, tal como aparecen en la redacción definitiva del Código, será oportuno transcribir los párrafos correspondientes del proyecto primitivo, y tener en cuenta, aunque sea

---

bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich —herausgegeben von Bekker und Fischer— Berlin, 1889.—Elftes Heft, Die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts von Tr. LOTHAR SEUFFERT, § 17, págs. 68 hasta la 72.

Drittes Heft, Die alten Streitfragen gegenüber dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches von EMIL MEISCHEIDER, § 8, págs. 25-29.

7. COHEN: ob. cit.

8. EHRENZWEIG: ob. cit.

(2) Véase lo dicho antes en la pág. 96.

de modo sucinto, las críticas que se les hizo por el mundo doctrinal. Y esto por dos razones: porque estas críticas han influido notablemente en la redacción definitiva, determinando algunas correcciones fundamentales, y por que ellas mismas, en su conjunto, tienen un valor sugestivo considerable para todo aquel que quiera formar un juicio sobre la obra del legislador alemán en esta materia. He aquí cómo estaba expuesta la materia en el proyecto:

DE LA PROMESA DE PRESTACIÓN EN FAVOR DE TERCERO (3)

- § 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 tal prestación a quien la prometió, siempre que resulte del contenido del mismo contrato que el tercero quiso adquirir aquel derecho.
- La parte a que 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 debe surgir de acuerdo con la voluntad de los contratantes, según resulte del contenido del contrato.
- § 414. Mientras que el derecho del tercero no haya nacido, ni aun bajo término o condición, la promesa de la prestación a su favor puede ser modificada o revocada por los contratantes. Después

---

(3) Versprechen der Leistung an einem Dritten.

- § 412. «Wird in einem Verträge von einem der Vertragschliessenden eine Leistung an einen Dritten versprochen, so wird der Dritter hierdurch unmittelbar berechtigt, von dem Versprechenden die Leistung zu fordern, sofern aus dem Inhalte des Vertrages sich ergibt, dass diese Berechtigung des Dritten gewollt ist.»
- «Der Vertragschliessende, welcher das Versprechen empfangen hat, ist zu fordern berechtigt, dass die Leistung an den Dritten bewirkt werden, wenn nicht ein Anderes bedungen ist.»
- § 413. «Das Forderungsrecht des Dritten entsteht mit dem Zeitpunkte, in welchem es nach dem aus dem Inhalte des Vertrages sich ergebenden Willen der Vertragschliessenden zur Entstehung gelangen soll.»
- § 414. «Solange das Forderungsrecht des Dritten auch nicht als bedingtes oder betagtes entstanden ist, kann das Versprechen der Leis-

de su nacimiento sólo puede ser modificada o revocada cuando del contenido del contrato resulte que las partes hayan querido reservarse esta facultad.

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

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

En esta redacción del Proyecto estaba reconocida y admitida, en el campo de los principios, la validez del contrato a favor de tercero, no sólo respecto a las partes contratantes sino también respecto al mismo tercero.

Pero como puede suceder, y sucede generalmente, que las partes contratantes, aunque contraten algo a favor de un tercero, no piensen en concederle un derecho sino más bien quieren que los efectos de su contrato queden limitados a ellos mismos, era necesario fijar un criterio con el cual distinguir unos casos de otros, y decidir si había o no que conceder también acciones al tercero. El Proyecto fijaba como criterio, de acuerdo con las teorías de UNGER, GAREIS y REGELSBERGER, la voluntad de las partes. A esta voluntad, pues, atribuía el Proyecto la misión de resolver toda una serie de dificultades que la institución, una vez admitida en el sistema jurídico, debe superar.

¿En qué momento deberá considerarse que nace el derecho que las partes contratantes han atribuido al tercero? En el momento que ellas hayan querido. Y ¿será revocable? Lo será o no, según lo hayan querido

---

tion an den Dritten von den Vertragschliessenden geändert oder wieder aufgehoben werden. Nach der Entstehung des Forderungsrechtes ist eine solche Aenderung oder Aufhebung nur zulässig, wenn der Inhalt des Vertrages ergibt, dass die Vertragschliessenden die Befugniss dazu sich haben vorbehalten wollen.»

§ 415. «Erklärt der Dritte dem Versprechenden, dass er das Forderungsrecht zurückweise, so ist es so anzusehen, wie wenn das Forderungsrecht nicht entstanden wäre.»

§ 416. «Einwendungen aus dem Vertrage stehen dem Versprechenden auch gegen über dem Dritten zu, wenn nicht ein Anderes aus dem Inhalte des Vertrages erhellt.»

así las partes (§ 414). También corresponderá a las partes el determinar si el derecho del tercero ha de nacer puro y simple, o más bien sometido a condición (por ejemplo, a la condición de su aceptación) (!); si nace inmediatamente o si después de pasado un cierto término.

Por lo que se refiere a la concurrencia del derecho del estipulante con el del tercero, el Proyecto la acepta como normal; aunque subordinada siempre a la voluntad de las partes que podían establecer lo contrario. La única desviación de este criterio sobre la *voluntas contrahentium* es la comprendida en el § 416, en el que se establece, como principio, que el promitente pudiese oponer también al tercero las excepciones fundadas sobre el contrato, admitiéndose lo contrario, sólo excepcionalmente, en virtud del contenido del mismo contrato. Pero, además, era una excepción más aparente que real como demostraremos luego. En fin: al tercero se le imponía un derecho, pero bajo condición resolutive: si no quería adquirirlo podía rechazarlo, y este rechazo, comunicado al promitente, tenía por efecto el considerar como no nacido su derecho.

## § 2.º LAS CRÍTICAS AL PROYECTO

No se ahorraron las más acerbas críticas a este modo de considerarse el contrato a favor de tercero en el Proyecto. Hubo, es verdad, un cierto acuerdo de aprobación del mismo en lo referente a la solución principal del problema, o sea en el declararlo válido en principio (el ilustre GIERKE llegaba a afirmar que toda otra solución de este problema sería en un Código alemán, *so gut wie undenkbar*: inimaginable); pero en lo relativo a la regulación de la institución de todas partes surgieron graves objeciones y serias dudas. 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 resolución de la cuestión fundamental (que consiste en determinar si el tercero debe tener o no acción), y de 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 —dice BÄHR— es tanto



como abandonar la solución a su libre arbitrio, con lo que se produce una deplorable incertidumbre en el derecho. Todas las opiniones que se han disputado hasta hoy este campo de batalla —observaba atinadamente GIERKE—, podrían presentarse de nuevo en la teoría, y en la práctica, si el nuevo Código acogiera, sin modificaciones, el Proyecto presentado; en efecto, el juez estará siempre inclinado a admitir que las partes han querido atribuir al contrato, celebrado en favor de un tercero, aquellos efectos que el mismo contrato debería producir, según la teoría que la opinión del juez sobre estos contratos crea más fundada. Por otra parte, ¿las diversas teorías no están fundadas más o menos, sobre una presunta voluntad de las partes? Además, bien puede concebirse que en algunos contratos a favor de tercero surja el derecho de éste independientemente de la voluntad del estipulante; por ejemplo: en el contrato de transporte.

No se limitaron los críticos a atacar este punto de apoyo de toda la estructuración acogida en el Proyecto. GIERKE, por ejemplo, atacó la disposición del § 415, que atribuye el derecho al tercero, salvo la posible resolución del mismo por rechazarlo el propio tercero. Este derecho sometido a condición resolutive, es, en opinión de este autor, un derecho artificial, y habría sido mejor que el Código aceptara la teoría de la apropiación del derecho por parte del tercero (!). (Véase antes en la pág. 107.) Otros deploraban que el proyecto hubiese dejado a cargo de los especialistas la solución de demasiados problemas. Y tampoco faltaron las críticas a la forma externa de expresión de los párrafos, como retorcida, doctrinaria y complicada en sumo grado, como en el § 413, que habría podido abrir el camino a equivocadas argumentaciones *a contrariis*. (Cfr. HELWIG, ob. cit., págs. 208-209.)

Pero si los críticos estaban de acuerdo, en parte al menos, en el aspecto negativo de sus censuras, no lograban ponerse de acuerdo en el aspecto positivo o reconstructivo: los consejos que daban al legislador para mejorar su obra eran diversos, dispares y hasta opuestos. Para BÄHR, el remedio era único, pero seguro; conviene negar al derecho del tercero —escribía— el carácter de independencia y autonomía que le otorga el Proyecto, y reconocer, en cambio, que no se trata sino del derecho del mismo estipulante, cuyo ejercicio se concede al tercero para que lo actúe en nombre propio. Este autor habría querido ver codificada su propia teoría que le parecía la única sólidamente cons-

truída científicamente, y la única satisfactoria en la práctica. (Obra citada en la Bibliografía de este capítulo en el núm 4.) Para GIERKE, GOLDSMIDT, MARTINIUS y SEUFFERT, los inconvenientes que presentaba el Proyecto se habrían podido evitar, por lo menos en gran parte, con sólo establecer como principio que el tercero debe adquirir un derecho en todo contrato a favor suyo, salvo la voluntad contraria de las partes. De ese modo habría ganado seguridad, según ellos, la doctrina jurídica referente a estos contratos; siempre que las partes hubieran querido excluir al tercero de tal adquisición, lo hubieran conseguido con sólo hacerlo constar expresamente. EHRENZWEIG, por su parte, adoptaba una posición completamente particular, fundado en la teoría más general sostenida por él sobre los llamados contratos bimembres o de partes divididas (*Die sogenannten zweigliedrigen Verträge*). Venía a afirmar que «la legislación tal vez habría podido dejar a cargo de la ciencia la determinación del concepto del contrato a favor de tercero, fijando, en cambio, por una parte, algunas normas generales sobre los contratos, sobre las ofertas y las promesas lucrativas, y, por otra, algunas normas sobre los negocios jurídicos bimembres o de partes divididas, las cuales habrían podido tener después aplicación, sin más requisitos, a los contratos a favor de tercero». En cambio, esta legislación debería haber reglado mucho más cuidadosamente los negocios particulares y típicos que se producen en este campo de la vida jurídica, de acuerdo con su naturaleza particular y propia.

En fin, otros creían que hubiera sido mejor renunciar a tratar de un modo genérico los contratos a favor de tercero, concentrando toda la atención en ordenar y reglar bien los casos particulares de contrato a favor de tercero a medida que se vayan confirmando en la vida práctica.

Después de cuanto llevo expuesto, no puede haber duda para mí al tener que escoger entre esas diversas propuestas. La de BÄHR, en mi opinión, peca de exagerada, en sentido contrario a la mantenida por la doctrina acogida en el Proyecto, según la cual se debe conceder siempre al tercero un derecho independiente del propio estipulante. Las de GIERKE, SEUFFERT y otros, me parecen en abierta contradicción con la vida, en la que puede afirmarse, en general, que quien estipula una prestación a favor de un tercero, no tiene por eso sólo la intención, ni mucho menos, de atribuirle un derecho. En fin la de EHRENZWEIG tie-

ne una gran parte de verdad en sí, pero se encuentra en relación demasiado estrecha con la doctrina de los contratos bimembres, sostenida con gran agudeza por él (y de la que de propósito he hecho abstracción en esta obra), para que pueda ocuparme de ella tan minuciosamente como merecería.

No queda, pues, sino la última de las propuestas citadas, y es la única que me parece fundada. Para satisfacer a las necesidades de la vida, para no dar cuerpo a lo que sólo son imaginaciones teóricas, es preciso renunciar a la teoría general del contrato a favor de tercero.

Pero antes de entrar en el examen de este orden de ideas, será oportuno examinar aquí la forma definitiva en que figura esta institución en el nuevo Código alemán del imperio, para ver en qué medida han sido tenidas en cuenta todas estas críticas hechas al Proyecto antes transcrito.

### § 3.º LOS CONTRATOS A FAVOR DE TERCERO EN EL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN

(4) § 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.

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

---

(4) § 328. «Durch Vertrag kann eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, dass der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt die Leistung zu fordern. In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrags, zu entnehmen, ob der Dritte das Recht erwerben, ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen und ob den Vertragschliessenden die Befugniß vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern.»

§ 329. Si una de las partes se obliga en un contrato a pagar a un acreedor de la otra, sin asumir la deuda, no se puede creer, en caso de duda, que el acreedor adquiera directamente el derecho de exigir de ella 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 se ha de creer, en caso de duda, que el 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, o 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 del 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 de que haya sido reservada esa facultad.

§ 329. «Verpflichtet sich in einem Vertrage der eine Theil zur Befriedigung eines Gläubigers des anderen Theiles, ohne die Schuld zu übernehmen, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, dass der Gläubiger unmittelbar das Recht erwerben soll, die Befriedigung von ihm zu fordern.»

§ 330. «Wird in einem Lebensversicherungs oder einem Leibrentenvertrage die Zahlung der Versicherungssumme oder der Leibrente an einem Dritten bedungen, so ist im Zweifel anzunehmen, dass der Dritte unmittelbar das Recht erwerben soll, die Leistung zu fordern.

»Das Gleiche gilt, wenn bei einer unentgeltlichen Zuwendung dem Bedachten eine Leistung an einen Dritten auferlegt oder bei einer Vermögens-oder Gutsübernahme von dem Uebernehmer eine Leistung an einen Dritten zum Zwecke der Abfindung versprochen wird.»

§ 331. «Soll die Leistung an den Dritten nach dem Tode desjenigen erfolgen, welchem sie versprochen wird, so erwirbt der Dritte das Recht auf die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Versprechensempfängers.

»Stirbt der Versprechensempfänger vor der Geburt des Dritten, so kann dass Versprechen, an den Dritten zu leisten, nur dann noch aufgehoben oder geändert werden, wenn die Befugniss dazu vorbehalten worden ist.»

- § 332. Si el estipulante se ha reservado la facultad de poder subrogar otra persona, sin necesidad del 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, aun cuando le corresponda a éste el derecho a exigirla.

No puede negarse que, tanto en la forma como en el contenido, la redacción definitiva del Código supone un notable progreso sobre el Proyecto. La forma es más sencilla, clara y estimable, y en cuanto al fondo o sustancia se observa que el legislador ha abandonado el criterio de la *voluntas contrahentium* como *deus ex machina* para la resolución de todas las dificultades que la institución presenta (5).

- 
- § 332. «Hat sich der Versprechensempfänger die Befugniss vorbehalten, ohne Zustimmung des Versprechenden an die Stelle des in dem Vertrage bezeichneten Dritten einen Anderen zu setzen, so kann dies im Zweifel auch in einer Verfügung von Todeswegen geschehen.»
- § 333. «Weist der Dritte das aus dem Vertrag erworbene Recht dem Versprechenden gegenüber zurück, so gilt das Recht als nicht erworben.»
- § 334. «Einwendungen aus dem Vertrage stehen dem Versprechenden auch gegenüber dem Dritten zu.»
- § 335. «Der Versprechensempfänger kann, sofern nicht ein anderer Wille der Vertragsschliessenden anzunehmen ist, die Leistung an den Dritten auch dann fordern, wenn diesem das Recht auf die Leistung zusteht.»

(5) A las críticas hechas por GIERKE y otros autores antes citados al Proyecto a causa de haber puesto en la *voluntas contrahentium* el criterio para resolver todos los problemas relativos al derecho del tercero, se opuso vivamente LEONHARD, en su *Anfechtbarkeit*, págs. 50-51, en donde sostenía la teoría de que no podía concebirse que surgiera el derecho del tercero si no se partía precisamente de la voluntad de las partes, expresa o tácita, fundada en los usos del comercio. Este autor encuentra extraño que repugne tanto el hacer surgir de la voluntad de las partes

No son pocas, sin embargo, las críticas que pueden hacerse justamente también a esta definitiva redacción. Para mí la equivocación fundamental del legislador alemán consiste en que da, formalmente, a la institución de los contratos a favor de tercero una esfera de aplicación que no corresponde a su real esfera de aplicación práctica, al partir, en cierto modo, del presupuesto de que todo lo que se pueda imaginar que dos contratantes puedan hacer o querer con un contrato, deban hacerlo o quererlo también en realidad. En esto consiste la raíz última de la nueva doctrina de los contratos a favor de tercero, y su máximo defecto. Podemos muy bien suponer, en efecto, con nuestra imaginación, que las personas quieran obrar de cien modos diversos y variados; pero la realidad de la vida hará que se desvanezca este sueño. De un modo especial en el mundo de los negocios, la gente actúa de una manera uniforme, o sea en el modo que más le conviene, o que está acostumbrada a considerar como el más conveniente. Pero, sin un estímulo o necesidad efectiva, no debe creerse que de ahora en adelante vaya a hacer la clase comerciante un uso mayor de estos contratos del hecho hasta aquí. Y en cuanto se sienta una nueva necesidad de poder atri-

---

el contenido de las obligaciones en relación con el tercero, mientras que se admite por todos sin excepción que de esa misma voluntad surjan y nazcan las obligaciones entre las partes contratantes, y su contenido. Ahora bien: así como se concede al juez que supla la voluntad efectiva de las partes contratantes, de acuerdo con los usos y costumbres comerciales cuando se trata de definir y determinar los efectos del contrato, entre las partes mismas, no hay —según LEONHARD— ningún motivo serio para no concederle iguales facultades cuando se trata de algo relacionado con el tercero. La observación es sutil, pero en mi opinión no es incontestable, porque entre las partes, una vez concluido el contrato es indudable que deben surgir obligaciones, y, por tanto, sólo se trata de precisar su contenido, mientras que frente al tercero se trata de decidir sobre si debe o no surgir la obligación misma. Abandonar al Juez la facultad de decidir sobre si debe o no surgir una obligación respecto a una persona que nada ha hecho para que surja, de acuerdo con una voluntad que puede existir o no, es tanto como conceder a este Juez un poder exorbitante. No le da más fuerza, el acudir, como hace LEONHARD, a los usos comerciales. En efecto: o estos usos han reconocido la validez de un determinado contrato a favor de tercero, y entonces es de ellos, como fuente de derecho, y no de la voluntad de las partes, de quien depende el derecho del tercero, o bien no han llegado a ese resultado, y no pueden ser sustituidos por el arbitrio del Juez. Por lo demás, el mismo LEONHARD reconoce que el Proyecto deja demasiados elementos a la sola determinación de la voluntad de las partes; véase la obra antes citada en el lugar indicado, y especialmente en las págs. 53-54.

buir un derecho a un tercero en virtud de un contrato determinado, pronto se formará la convicción general de lo que el tercero puede obrar en aquel caso determinado y en virtud de aquel contrato, sin andar buscando con sutilezas lo que las partes contratantes hayan querido más exactamente. ¿Y no es esto lo que ha sucedido con la mayor parte de los contratos a favor de tercero reconocidos en particular por el derecho positivo? El Código alemán, pues, que quiere adelantarse al desarrollo jurídico en dar un reconocimiento uniforme jurídico a figuras jurídicas del pasado y del porvenir, no puede recibir la aprobación de todos aquellos que piensan que las leyes deben seguir, y no adelantarse, a la vida que están llamadas a regular.

Sin embargo, con esto no es mi intención unirme a quienes temen que la nueva ley vaya a producir graves daños en la práctica. Ya he indicado que el criterio que se señala al Juez, o sea el criterio «del fin del contrato», servirá muy bien para limitar las arbitrariedades, y para mantener la institución en el limitado campo que la vida real le asigna; además, también debe contarse con el buen sentido de los magistrados más de lo que generalmente se cuenta.

Un artículo de un Código no ha podido jamás modificar la marcha normal de la vida de un país: así ocurrirá seguramente con el § 328 y siguientes del nuevo Código alemán. Pero como la misión de la legislación no consiste en crear instituciones de las que la crítica no puede hacer mayor elogio que decir que no son dañosas; y como el tratar de un modo uniforme instituciones que, aunque semejantes, tienen entre sí notables rasgos de semejanza, es siempre impropio, por lo menos, el juicio que puede hacerse del nuevo Código, en lo referente al contrato a favor de tercero, no puede ser favorable. 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 económicosocial, ya están confirmados, o tienden a estarlo, en la práctica y en la doctrina jurídica (6).

---

(6) Se puede obtener una comprobación de las críticas hechas a las disposiciones del Código civil alemán relativas a los contratos a favor de tercero, del estado actual de la doctrina civilista alemana. Muchas de las cuestiones debatidas antes de su publicación se han repetido en la doctrina después, y a pesar de ella. Así, mientras hay una corriente que tiende a interpretar las disposiciones del Código en

§ 4.º LOS CONTRATOS A FAVOR DE TERCERO EN LOS MÁS RECIENTES  
CÓDIGOS Y PROYECTOS DE CÓDIGOS (7)

Después de haber transcrito las disposiciones del Código civil alemán creo útil exponer la forma en que ha sido tratada esta institución en los más recientes Códigos y proyectos de tales. Empezaremos por el Código de las Obligaciones suizo; haremos luego la comparación entre las disposiciones del antiguo Código civil general austríaco y las del proyecto de su revisión y con las del proyecto del código civil húngaro, y acabaremos reproduciendo las disposiciones del reciente Código civil japonés, que nos parecen tanto más dignas de consideración cuanto que son el resultado de un examen crítico independiente, realizado por los juristas japoneses, de las varias teorías que se disputan duramente el campo en la doctrina civilista de la vieja Europa.

## I

## EL CÓDIGO CIVIL SUIZO DE LAS OBLIGACIONES

Este Código sólo dedica dos artículos, el 128 y el 135, al tema de los contratos a favor de tercero. El 128, que es el fundamental, se encuentra en el texto francés redactado así:

*Celui qui, agissant en son propre nome, à stipulé une obligation en faveur d'un tiers a le droit d'en exiger l'exécution au profit de ce tiers.*

*Le tiers, ou ces ayant-droits, peuvent aussi réclamer personnellement l'ex-*

---

armonía con la doctrina de UNGER, existe otra, frente a ella, que tiende a restringir y limitar el campo de aplicación de esta institución hasta adaptarlo con el que le asigna el Código civil francés en su art. 1.119. Véase especialmente el magistral tratado de HELLWIG: *Die Verträge auf Leistung an Dritte*. Leipzig, 1889; y las obras de DNIESTRANSKY: *Die Aufträge zu Gunsten Dritter*, I vol., Leipzig, 1904; y de WINDSCHEID-KIPP: *Lehrbuch*, § 316, en las págs. 308 y sigs.

(7) Para el examen de las disposiciones relativas a los contratos a favor de tercero en los viejos Códigos germánicos e italiano, ahora derogados, recomendamos la obra de GAREIS: *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, págs. 150-210, y la de TARTUFARI: *I contratti a favore di terzi*, pág. 242 y sigs.



*cution lorsque telle a été l'intention des parties. Si, dans ce cas, le tiers déclare au débiteur vouloir user de son droit, il ne dépend plus du créancier de libérer le débiteur* (8).

Con esta disposición se adelantaba el Código de las Obligaciones suizo, en cierto modo, al Código civil alemán, al establecer, como principio, que todo contrato a favor de tercero puede, en cuanto a ello se dirija la voluntad de las partes, atribuir al tercero un derecho propio, esto es, independiente del derecho del estipulante y de toda cesión, mandato u otro pacto semejante (9).

Pero es menos claro en lo referente a determinar el momento en que se ha de considerar como nacido el derecho del tercero, punto sobre el cual se ha podido sostener, doctrinalmente, por unos, que el derecho del tercero surge en el momento de la conclusión del contrato, salvo el caso en que el mismo estipulante lo haya revocado antes de que el tercero haya declarado su voluntad de usarlo, y por otros, que no surge hasta el momento en que el tercero declare su voluntad de usarlo. La primera opinión se aproxima a la corriente germánica, mientras que la segunda lo hace a la corriente francesa que, como veremos, es la que ha prevalecido en el Código civil japonés (10)

## II

### EL CÓDIGO CIVIL GENERAL AUSTRIACO Y EL PROYECTO DE SU REVISIÓN

El Código civil general austriaco no contiene disposición alguna que se ocupe directamente de los contratos a favor de tercero, y en esto se caracteriza frente a los Códigos francés, italiano y los más modernos Códigos que afrontan y resuelven los problemas a ellos relativos. Sin

---

(8) El artículo 135 dice así: *Celui qui s'est obligé en faveur d'un tiers, ne peut compenser cette dette avec ce que lui doit l'autre contractant.*

(9) Véase GÖMÖRY, ob. cit., pág. 73, nota.

(10) Véase GÖMÖRY, ob. cit., págs. 74-75.

embargo, también existen en este Código unos párrafos que «pueden referirse a los contratos a favor de tercero», y son los §§ 881 y 1.019 (11).

§ 881. Exceptuados los casos determinados por la ley, nadie puede hacer o aceptar por otro una promesa. Pero si alguno ha prometido realizar algo en favor de tercero, o ha garantizado su cumplimiento, deberá satisfacer esa obligación a medida de su promesa.

§ 1.019. Si un mandatario ha recibido y aceptado un mandato de proporcionar cualquier provecho a un tercero, apenas tenga noticia éste, por el mandante o el mandatario, del mandato, adquiere el derecho de promover la acción, tanto contra uno como contra el otro.

La doctrina civil austríaca se ha basado, precisamente, en estos dos artículos para reconocer los más importantes contratos a favor de tercero que se presentan en la práctica. Pero es preciso convenir, y en ello convienen generalmente los civilistas austríacos, en que las disposiciones de los párrafos transcritos ya eran poco adecuadas *ab origine*, y que aún lo parecen más hoy, después de haber sido objeto la materia de los contratos a favor de tercero de una amplia elaboración en la ciencia y en las legislaciones más modernas (12). Es, pues, natural que los autores del Proyecto de revisión del Código civil general austríaco hayan sentido la necesidad de adoptar una posición neta en relación con esta institución; y puesto que se trata de un asunto que presenta

---

(11) § 881. «Ausser den von den Gesetzen bestimmten Fällen kann zwar Niemand für einen Anderen ein Versprechen machen, oder annehmen. Hat aber jemand seine Verwendung bei einem Dritten versprochen, oder gar für den Erfolg gestanden, so muss er die eingegangene Verbindlichkeit nach Mass seines Versprechens erfüllen.»

§ 1.019. «Wenn der Machthaber den Auftrag, einem Dritten einen Vortheil zuzuwenden, erhalten und angenommen hat; so erlagnt der Dritte, sobald er von dem Machtgeber davon benachrichtigt worden ist, das Recht gegen den Einen oder den Anderen Klage zu führen.»

(12) Véase UNGER, ob. cit., pág. 97 y sigs. De opinión contraria, DNIESTRANSKI, *Die Aufträge zu Gunsten Dritter*, vol. I.

un indiscutible interés teórico y práctico, será oportuno reproducir aquí textualmente las disposiciones en cuestión (13)

En vez del § 881 del Código civil general, el § 139 del Proyecto dispone lo siguiente :

«Si alguno se ha hecho prometer, a su nombre, una prestación a favor de un tercero, puede exigir que la prestación se cumpla al tercero mismo. El determinar si, y en qué momento, adquiere el tercero inmediatamente el derecho a exigir el cumplimiento al promitente, depende, a falta de expresa convención, de la naturaleza y del fin del contrato. El tercero adquiere de modo particular tal derecho, cuando la prestación está destinada principalmente a su provecho. La facultad del estipulante a exigir, en nombre propio, al promitente el cumplimiento del contrato a favor del tercero no se extingue en el caso de adquirir el tercero directamente el derecho.

»Salvo acuerdo en contrario, en caso de adquisición inmediata el derecho del tercero a exigir el cumplimiento no podrá ser revocado o modificado sin su consentimiento, tan pronto como el tercero haya sido informado por el estipulante o por el promitente de la conclusión del contrato.

»El derecho a una prestación prometida a favor de un tercero en una cesión de bienes por quien se hace cargo de éstos, se considera adquirido, a falta de acuerdo en contrario, en el momento de la entrega de los bienes cedidos.»

Y en lugar del § 882 del Código civil general, que debía ser derogado, el § 140 del Proyecto disponía :

«Cuando el tercero rechace el derecho adquirido en virtud del contrato, se considerará que tal derecho jamás ha nacido.

»La relación entre el estipulante y el promitente no sufre por esa causa, salvo pacto en contrario, modificación alguna.

»Las excepciones nacidas del mismo contrato pueden ser utilizadas por el promitente contra el tercero. El promitente no puede hacer valer en contra del derecho del tercero un crédito que le pertenezca frente al estipulante, que no esté en relación jurídica (*rechtlichen Zusammenhang*) con las pretensiones derivadas del contrato.»

---

(13) 29 Beilage zu den stenogr. Protokollen des Herrenhauses, 19 Session 1907  
Nr  $\frac{10}{Hii}$  Regierungsvorlage. Cfr. PACCHIONI, en la «Rivista di diritto civile». Año I.

Sería ocioso renovar aquí, a propósito de estas disposiciones del Proyecto austríaco, las críticas hechas anteriormente al alemán. La tendencia a proclamar, en el ámbito de los principios, la validez de todo contrato a favor de tercero, está hoy tan generalizada, que cualquier protesta contra ella parece destinada a ser *vox clamans in deserto*. Pero aparte esto, me parece que el Proyecto austríaco señala en esta cuestión un notable retroceso en comparación con el mismo Código alemán, puesto que vuelve a aquel primer proyecto que se ganó las más unánimes críticas.

Una vez admitido que, en principio, se pueda contratar a favor de tercero, con el efecto de atribuir al tercero un derecho, es evidente la necesidad de formular un criterio, unas reglas, que sirvan de base al juez, cuando en cada caso práctico deba decidir si el tercero ha adquirido o no tal derecho. El primer proyecto del Código alemán lo hacía depender todo de la voluntad de las partes, y precisamente por eso fué atacado vivamente, ya que las partes que contratan a favor de un tercero no tienen generalmente, y justamente no pueden tener, una voluntad clara y concreta sobre la alternativa de si el mismo tercero debe o no adquirir, sin más o en ciertas condiciones, un derecho propio y autónomo. En atención a estas críticas, el legislador alemán no sólo abandonó el criterio de la voluntad de las partes contratantes, sino que hizo más al dictar reglas interpretativas en relación con ciertas categorías de contratos, fundadas en el fin y en la función de tales contratos. Así, mientras por una parte mantenía firmemente el principio (más formal que sustancial) de la validez de todo contrato a favor de tercero, por otra tenía en cuenta la realidad práctica de las relaciones comerciales, regulando aquellos típicos y particulares contratos a favor de tercero que se presentan en la vida real, con fisonomía y funciones propias cada uno. Más he aquí que el proyecto austríaco vuelve al punto de vista primero, que podía considerarse hoy justamente superado. Y así, dice la exposición de motivos unida al Proyecto (14): «En general, puede determinarse sin dificultad si en cada caso concreto debe adquirir o no el tercero, conforme a la voluntad de las partes, un derecho inmediato». También por otras razones —continúa diciendo la exposición indicada—, no ha parecido oportuno dar reglas especiales

---

(14) *Beilage*, citada antes, en su pág. 133.

para los contratos particulares, o grupos de contratos, ante todo porque «tales reglas no habrían podido ser exhaustivas», y también, en fin, «por el temor de que al establecerlas pudiese ser olvidada la voluntad de las partes, que cuando es manifiesta, debe tener un incontestable predominio». Y aún dice más adelante: «Sólo en un caso se ha creído oportuno establecer un criterio determinado, y es en el caso de que la prestación se haya estipulado en exclusivo beneficio del tercero: en este caso, en efecto, establece el § 139 que el tercero adquiera inmediatamente».

Francamente, no parecen apropiadas estas observaciones. Dejamos aparte que la pretendida facilidad de determinar la verdadera voluntad de las partes, sobre la adquisición o no de un derecho inmediato por parte del tercero, cuando tal voluntad no se ha manifestado expresamente, se funda sólo en una simple afirmación de los redactores de los motivos justificativos del Proyecto (15). Infundado me parece a mí el temor a no poder establecer reglas terminantes en relación con los varios tipos de contratos a favor de tercero, cuando el mismo Proyecto no ha sabido citar más que aquellos pocos contratos tradicionales, y no se le han presentado otros más importantes; y más infundado aun el temor a incitar, por así decirlo, al juez a no tener en cuenta la voluntad de las partes. Este es, realmente, un peligro imaginario, ya porque el juez nada desea más que el adherirse a lo pretendido por la voluntad de las partes, ya porque la misma voluntad de las partes se abandona a él cuando se encuentra frente a problemas delicados y sutiles.

Y en cuanto a la única excepción que hace el Proyecto, no me parece arriesgado el afirmar que es, quizá, la menos persuasiva, puesto que ya estaba acogida en forma análoga en el proyecto del Código civil húngaro, del que vamos a transcribir en seguida sus disposiciones. En efecto: en la mayoría de los casos no es fácil, ciertamente, determinar si realmente la prestación estipulada en favor de un tercero está pactada, en definitiva, *en su provecho*; pero aunque lo sea, no se ve claramente cómo, por esta circunstancia, deba adquirir directamente el tercero un derecho que de otro modo no habría adquirido.

Mientras, pues, en algunos aspectos toma este Proyecto austríaco

---

(15) Véase antes en la pág. 141, nota, núm. 5.

un camino que, en mi opinión, fué abandonado razonablemente por el legislador alemán; por otra parte, intenta salvar una parte del viejo § 1.019 del Código civil general, al establecer un principio general que puede parecer extremadamente conservador frente a la tendencia que el Proyecto mismo ha acogido y sancionado. Este principio es aquel por el cual, salvo siempre la voluntad contraria de las partes, se hace depender la adquisición del derecho por el tercero, del conocimiento que éste haya tenido del contrato concluído a su favor, bien por medio del estipulante, bien por medio del promitente. Hasta ese momento —aclara la exposición de motivos (16)—, el contrato es un negocio exclusivo de las partes contratantes, y, por tanto, pueden acordar su resolución o modificarlo a su talante.

### III

#### PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL GENERAL HÚNGARO (17)

- (18) § 1.027. Mediante un contrato por el cual una de las partes se obliga respecto a la otra (estipulante), a cumplir una prestación en favor de un tercero, éste adquiere inmediatamente un derecho, cuando así se deduzca de la voluntad expresa o presumible de las partes contratantes.

---

(16) *Beilage...*, antes citado, pág. 13.

(17) Este Proyecto de Código civil húngaro ha sido publicado también en una traducción alemana, con el título *Entwurf eines ungarischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*. GRILL'SCKE K. UND. K. Hof Buchhandlung, 1901.

Como los motivos justificativos de este proyecto sólo se han publicado en húngaro, han quedado inaccesibles al autor, por desconocer ese idioma.

(18) § 1.027. «Durch einen Vertrag, vermöge dessen die eine Partei der anderen (dem Versprechensempfänger) gegenüber sich zu einer zu bewirkender Leistung verpflichtet, wird die begünstigte dritte Person unmittelbar berechtigt, wenn dies der zum Ausdruck gelangten oder anzunehmenden Absicht der den Vertrag schließenden Parteien entspricht.»

§ 1.028. La intención de las partes contratantes, a que se hace referencia en el § 1.027, se debe presumir cuando el estipulante se hace prometer la prestación a favor del tercero con el fin de beneficiarle, y de modo especial cuando haya contratado en provecho del tercero un seguro sobre la vida, una renta o un contrato vitalicio, así como cuando con la estipulación concluida a su favor haya intentado desinteresarle de una herencia que le será deferida más tarde, o cuando con ocasión de la venta de un negocio o de una empresa se haya hecho prometer el cumplimiento de una obligación que le incumbía respecto a tercera persona, cumplimiento que ya no puede realizar él mismo, precisamente por verse privado de los medios necesarios a causa de la misma venta realizada.

§ 1.029. El estipulante, mientras no resulte otra cosa de las relaciones entre él y el tercero, puede disponer del derecho estipulado a favor del tercero hasta el momento en que se le notifique a éste.

Cuando se trate de prestaciones que pueden ser realizadas inmediatamente, este derecho cesa con la notificación del contrato, a menos que del contenido de éste

---

§ 1.028. «Di § 1.027 erwähnte Absicht der Parteien ist zu vermuthen, wenn der Versprechensempfänger die Leistung in erkennbarer Weise für die dritte Person zu dem Behufe bedingt, um für sie Sorge zu tragen, so insbesondere, wenn der in ihrem Interesse einen Lebensversicherungs, Leibrenten oder Unterhaltsvertrag schliesst, desgleichen, wenn er sie durch die bedungene Leistung in Ansehung einer ihn später zufallenden Erbschaft abfinden will, oder wenn er sich aus Anlass der Veräusserung einer Sache oder Unternehmung von dem Übernehmer die Erfüllung einer, einer dritten Person gegenüber ihn belastenden solchen Verbindlichkeit versprechen lässt, zu deren Erfüllung er selbst in Folge der Veräusserung unvermögend geworden ist.»

§ 1.029. «Der Versprechensempfänger kann, insoweit sich aus dem zwischen ihm und dem Begünstigten bestehenden Verhältnisse nichts anderes ergibt, über das für den Begünstigten erworbene Recht insoweit selbst verfügen, als er ihn von dem zu seinen Gunsten geschlossenen Verträge nicht verständigt.

»Im Falle der Bedingung einer Leistung, die sofort gefordert werden kann, erlischt sein Verfügungsrecht mit der Verständi-

o de la misma notificación no se deduzca y resulte que se haya querido reservar ulteriormente este derecho.

§ 1.030. Si la prestación al tercero se hace depender de una condición, o se sujeta a término, el derecho a revocarla pertenece, en caso de duda, al estipulante, hasta el momento en que se verifique la condición o se cumpla el término, a menos que haya renunciado antes en favor del tercero.

Se debe admitir que el estipulante ha renunciado a su derecho de disposición, cuando haya entregado al tercero el título o cualquier otro documento que sirva para legitimar su derecho, o cuando de otro modo haya hecho nacer en el tercero, con su conducta, la esperanza de poder contar con la prestación con toda seguridad.

§ 1.031. En virtud de su derecho de disposición puede el estipulante, de acuerdo con el promitente, revocar el contrato a favor del tercero, o modificarlo.

Cuando al promitente le sea indiferente la persona a quien deba ser cumplida la prestación, el estipulante pue-

gung, insofern es nicht nach dem Inhalte des Vertrages oder der Verständigung auch für fernerhin als vorbehalten anzusehen ist.»

§ 1.030. «Hängt die Leistung von einer Bedingung ab, oder ist das Recht, sie zu fordern, an einem Termin geknüpft, so steht das Verfügungsrecht dem Versprechensempfänger im Zweifelsfalle bis zur Erfüllung der Bedingung, oder bis zum Eintritte des Termins zu, es sei denn dass er schon früher dem Begünstigten gegenüber auf dasselbe verzichtet hätte.

»Es ist anzunehmen, dass der Versprechensempfänger auf das Verfügungsrecht verzichtet habe, wenn er denn von dem Versprechenden ausgestellten Schaldschein, Rentenbrief oder eine von ihm ausgestellte andere, zur Legitimation der berechtigten Partei dienende Urkunde dem Begünstigten übergibt, oder wenn er durch sein sonstiges Betragen in dem Beünstigten den Glauben erweckt, aus die Leistung mit Bestimmtheit rechnen zu können.»

§ 1.031. «Kraft seine Verfügungsrechtes kann der Versprechensempfänger den zu Gunsten der dritten Person geschlossenen Vertrag im Einverständnisse mit dem Versprechenden wieder aufheben oder ändern.

»Ist er für den Versprechenden gleichgültig, wenn die Leis-



de, mediante declaración unilateral, indicar otro tercero.

También puede hacer esto en el caso de no haber sido determinada individualmente la persona del beneficiario en el momento de la conclusión del contrato. En esta hipótesis, la indicación de un nuevo beneficiario puede hacerse también por acto de última voluntad.

- § 1.032. Respecto al promitente son válidos también los negocios jurídicos concluídos en daño del beneficiario sin derecho de disponer, a menos que el promitente no supiese o debiera saber, usando la debida diligencia, que el estipulante no tenía el derecho de disponer.
- § 1.033. El derecho del estipulante a disponer no puede ser pignorado, y no pasa a sus herederos, salvo pacto en contrario.
- § 1.034. Mientras que no se haya extinguido el derecho del estipulante, a disponer, sólo él podrá actuar en interés del beneficiario exigiendo el cumplimiento o la garantía de lo convenido.

También después de la extinción de su derecho de disposición puede el estipulante exigir al promitente el cum-

zung zukömme, so kann er mittelst einer an diessen gerichteten Erklärung einseitig einen andern Begünstigten bezeichnen.

»Er kann dies auch dann einseitig thun wenn bei Schliessung des Vertrages die Person des Begünstigten nicht individuell bestimmt wurde; in diesem Falle kann die Bezeichnung eines andern Begünstigten auch in einer leztwilligen Verfügung erfolgen.»

- § 1.032. «Dem Versprechenden gegenüber sind auch die zum Nachteile des Begünstigten ohne Verfügungsberechtigung vorgenommenen Rechtsgeschäfte des Versprechensempfängers wirksam, es sei denn, dass der Versprechende bei der Vornahme des Rechtsgeschäftes von dem Mangel des Verfügungsrechts des Versprechensempfängers Kenntniss hatte oder unter Anwendung gehöriger Sorgfalt haben konnte.»
- § 1.033. «Das Verfügungsrecht des Versprechensempfängers kann nicht gepfändet werden und es geht, insofern der Vertrag nichts anderes bestimmt, auch auf seine Erben nicht über.»
- § 1.034. «Solange das Verfügungsrecht des Versprechensempfängers nicht erloschen ist, kann nur er im Interesse des Begünstigten Erfüllung oder Sicherheitsleistung fordern.  
»Auch nach dem Erlöschen seines Verfügungsrechtes kann er fordern, dass der Versprechende zu Gunsten des Begünstigten

plimiento de su obligación para con el beneficiario; sin embargo, su acción cesa apenas haga valer su derecho el mismo beneficiario.

§ 1.035. Las excepciones fundadas en el mismo contrato pueden utilizarse por el promitente contra el beneficiario también.

Las excepciones que le pertenezcan contra el estipulante por razón de otra relación jurídica no pueden hacerse valer contra el beneficiario.

§ 1.036. Las partes contratantes a favor de un tercero pueden impugnar el contrato, entre sí, en virtud de los principios generales del dolo, la violencia o el error.

Esta impugnación extingue también el derecho del beneficiario. Si la parte que impugna el contrato ejercita este derecho, estando ya extinguido el derecho de disposición del estipulante, debe resarcir al beneficiario del daño que se le produzca por haber confiado en la existencia del contrato. Los daños se calcularán según lo dispuesto en el 1.143.

§ 1.037. Si la impugnación del contrato se basa, de acuerdo con los §§ 986-988, 990 y 991, en la culpa de la otra parte, el

seine Verbindlichkeit erfülle, seine Klage wird jedoch hinfällig, sobald der Begünstigten selbst sein Recht geltend macht.»

§ 1.035. «Die aus dem Vertrage fliessenden Einreden können von dem Versprechenden auch dem Begünstigten gegenüber vorgebracht werden:

»Einreden, die ihm aus einem andern Rechtsverhältnisse dem Versprechensempfänger gegenüber zustehen, kann er dem Begünstigten gegenüber nicht vorbringen.»

§ 1.036. «Wegen Irrthums, Täuschung oder Drohung können die den Vertrag schliessenden Parteien den zu Gunsten eines Dritten geschlossenen Vertrag einander gegenüber nach Massgabe der allgemeinen Vorschriften anfechten.

»Infolge der Anfechtung erlischt auch das Recht des Begünstigten, übt aber die anfechtende Partei ihr diesbezügliches Recht in einer Zeit aus, zu welcher das Verfügungsrecht des Versprechensempfänger schon erloschen ist, so hat sie dem Begünstigten den Schaden zu ersetzen, den er dadurch erlitten hat, dass er auf die Geltung des Vertrages vertraute. In Ansehung des Ausmasses der Entschädigung hat § 1.143 Anwendung zu finden.

§ 1.037. «Insoweit die Aufechtbarkeit eines Vertrages in Gemässheit der §§ 986 bis, 988, 990 und 991 von dem Verschulden der andern

promitente puede impugnar el contrato frente al beneficiario también, en el caso en que éste tenga parte en la culpa. El estipulante puede impugnar el contrato en contra del beneficiario y en lo referente a las disposiciones en favor de éste, cuando en las relaciones con el mismo existan las condiciones que para la impugnación señalan los §§ 986-988, 990 y 991. En caso de impugnación, el derecho que hubiera adquirido el beneficiario queda a favor del estipulante.

§ 1.038. Una vez extinguido el derecho a disponer del estipulante, no puede ya éste intentar rescindir el contrato por causa de mora del promitente, si no es de acuerdo con el beneficiario.

Cuando la prestación estipulada a favor del tercero no es más que una prestación accesoria de otra principal que el promitente deba cumplir al estipulante, en caso de duda quedará extinguida la accesoria cuando el contrato sea rescindido por una de las partes, en lo referente a la prestación principal.

Partei abhängt, kann der Versprechende den Vertrag dem Begünstigten gegenüber auch in dem Falle anfechten, wenn diesen das Verschulden belastet.

»Der Versprechensempfänger kann den Vertrag, insoweit dieser zu Gunsten des Begünstigten Verfügung trifft, auch diesem gegenüber anfechten, wenn die in den §§ 986 bis, 988, 990 und 991 bestimmten Voraussetzungen der Anfechtung in dem Verhältnisse zwischen ihm und dem Begünstigten verwirklicht sind. Im Falle der Anfechtung fällt das für den Begünstigten erworbene Recht wieder in die eigene Verfügung des Versprechensempfängerst zurück.»

§ 1.038. «Nach dem Erlöschen seines Verfügungsrechtes kann der Versprechensempfänger wegen eines Versäumnisses seitens des Versprechenden nur im Einverständnisse mit dem Begünstigten vom der Verträge zurücktreten.

»Ist die zu Gunsten des Dritten bedungene Leistung nur eine, der Hauptverbindlichkeit die der Versprechende dem Versprechensempfänger gegenüber zu erfüllen hat, sich ausschließende Nebenleistung, so erlischt in Zweifelsfalle auch das Recht der dritten Person, falls der Vertrag wegen Rücktrittes einer der denselben schliessenden Parteien in Ansehung der Hauptverbindlichkeit seine Wirkung verliert.»

§ 1.039. Si el beneficiario rechaza el derecho adquirido por él, se considerará como si ese derecho no se hubiera adquirido.

En este caso, el estipulante podrá, si no resulta otra cosa del contenido del contrato o de la naturaleza de la relación jurídica, bien indicar otro beneficiario, bien exigir a su favor la prestación convenida.

#### IV

#### CÓDIGO CIVIL JAPONÉS (19)

(20) Art. 537. Si una persona pacta en un contrato el realizar una prestación a un tercero. éste tiene el derecho de exigir directamente al obligado su cumplimiento.

En tal caso el derecho del tercero nace en el momento en que expresa éste su voluntad de querer aprovecharse de tal contrato.

Art. 538. Después que el derecho del tercero ha nacido, de acuerdo con la disposición del artículo precedente, ya no puede ser modificado ni extinguido por las partes contratantes.

---

§ 1.039. «Weist der Begünstigte das für ihn erworbene Recht zurück, so ist anzunehmen er habe es nie erworben.

«In diesem Falle kann der Versprechensempfänger, insofern sich aus dem Inhalte des Vertrages oder aus der Natur des Rechtsverhältnisses nichts anderes ergibt, einen andern Begünstigten bezeichnen, oder die bedungene Leistung für sich selbst beanspruchen.»

(19) The civil Code of Japan. (Traducido por el Dr. L. H. LOENHOLM.)

(20) Art. 537. «If a party by a contract agrees to make a prestation to a third person, the latter has a right to claim such prestation directly from the debtor. In such case the right of the third person comes into existence at the time when he expresses to the debtor his intention to take the benefit of the contract.»

Art. 538. «After the right of the third person has come into existence in accordance with the provisions of the preceding article, it cannot be changed or extinguished by the parties to the contract.»

- Art. 539. Las excepciones fundadas en el contrato a que se refiere el art. 537, pueden ser opuestas por el obligado al tercero en cuyo favor ha sido hecho tal contrato.

Estas disposiciones del Código civil japonés tienen una importancia particular, según indiqué antes, porque durante las tareas preparatorias del mismo había en el Japón grandes discusiones entre las diversas escuelas. Mientras al principio logró triunfar la influencia francesa con un Proyecto de Código civil calcado del Napoleónico, después penetró la influencia alemana, y se utilizó, ampliamente también, el Proyecto del Código civil alemán. Así resultó un Código nuevo, que, en la distribución de las materias, como en muchas de las instituciones fundamentales, se resiente de la influencia de la doctrina alemana. Así, por ejemplo, subordina el hecho de adquirir el tercero su derecho a su declaración de querer aprovechar del contrato concluido en su favor.

V

EL PROYECTO DE CÓDIGO DE LAS OBLIGACIONES Y DE LOS CONTRATOS (21)

- Art. 44. Los contratos no producen efectos más que entre las partes contratantes, no pueden ser perjudiciales para tercero y pueden favorecerles en los casos previstos en la ley.
- Art. 45. Cualquiera puede estipular en nombre propio a favor de un tercero, cuando tenga un interés personal, ya material, ya moral, en que se cumpla la obligación.

Salvo excepción en contrario, el tercero adquiere un derecho contra el promitente por efecto de la estipulación; el estipulante, en cambio, puede revocar lo estipulado, mientras que el tercero no haya manifestado su voluntad de aprovecharse de ella.

- 
- Art. 539. «Defences based upon the contract mentioned in art. 537, can be set up by the debtor against the third person in whose favour the contract is made.»

(21) Texto definitivo aprobado en París, Octubre de 1927. Roma, 1928.



TERCERA PARTE  
EL DERECHO CIVIL ITALIANO





## CAPITULO PRIMERO

# LAS DISPOSICIONES DEL CODIGO CIVIL ITALIANO Y LAS TEORIAS RESPECTIVAS

### § 1.º INTRODUCCIÓN

Los resultados obtenidos en las investigaciones precedentes contienen notables enseñanzas. Nos muestran con evidencia todas las incertidumbres y los puntos débiles de la doctrina y legislación germánica, y, por tanto, nos inclinan a evitar toda excesiva influencia de las mismas. En los países germánicos, la doctrina sobre los contratos a favor de tercero ha estado determinada en gran parte por causas que nos son extrañas. El sistema del derecho germánico privado es el resultado de una fusión, aún no terminada, de elementos de origen diverso, y principalmente de elementos nacionales germánicos y de elementos romanos. A la formación de la doctrina germánica sobre los contratos a favor de tercero han contribuído el Derecho justiniano, el Derecho canónico, el Derecho germánico antiguo, las costumbres judiciales (jurisprudencia) de los diversos países germánicos, y como si eso fuera poco, también el pensamiento jurídico y la conciencia moral del pueblo, que han sido invocados como complementes de los anteriores. Todo lo cual, dadas las especiales condiciones en que se ha ido desenvolviendo el nuevo Derecho germánico, no podía evitarse en realidad. (Recuérdense las fechas de las tres ediciones de esta obra.)

Por el contrario en los países latinos, en los que el derecho romano ha permanecido siempre, incontestablemente, como la base fundamental de todo su sistema jurídico, no podía producirse, ni se ha producido en general, aquel conflicto de diversas corrientes y opuestas ideas; y, na-

turalmente, tampoco sucedió con la institución jurídica que estudiamos. Sólo en estos últimos decenios, con el renacimiento de los estudios jurídicos producido bajo los auspicios de la ciencia jurídica alemana, se ha puesto a la orden del día este problema, y ha atraído sobre sí una atención mayor que la prestada anteriormente.

Lejos de desconocer el gran valor de este movimiento doctrinal y científico, y cuánto ha progresado nuestra ciencia a consecuencia de los estudios, cuidadosos y minuciosos, realizados por la ciencia alemana, sin embargo, también he de hacer constar que en esta cuestión se ha caído, precisamente, en la exageración, al intentar imponer en nuestro sistema ideas y discusiones que le son extrañas, y al olvidar cuánta importancia tiene para cualquier teoría el ambiente jurídico en que nace.

Es racional oponerse a estas exageraciones. Los elementos fundamentales para construir cualquier teoría de Derecho civil italiano son, y deben ser siempre, aquellos que provienen de las leyes positivas italianas, alumbradas por su historia y por las necesidades de la vida. El estudio de las teorías extranjeras y la comparación con las legislaciones de otros países son ciertamente elementos de cultura jurídica, instrumento indispensable para el conocimiento de las instituciones jurídicas, fuente de inspiración y de sugerencias para la tarea legislativa, pero no pueden ser usados sino con la mayor cautela como fuentes auxiliares del Derecho positivo. Nunca será excesiva la atención y el cuidado que pongamos en evitar que nuestro modo de pensar y de juzgar pierda aquel carácter de espontaneidad y de naturalidad que es propio de nuestra naturaleza, para enredarse y perderse entre sutilezas y argumentaciones.

## § 2.º LOS CONTRATOS A FAVOR DE TERCERO EN EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO

Toda la materia de estos contratos se halla regulada brevemente en los dos artículos siguientes del Código civil :

Art. 1.128. Nadie puede estipular en su propio nombre si no es a favor de sí mismo.

Sin embargo, cualquiera puede estipular en provecho de un tercero, cuando ello sea una condición de una estipulación que haga para sí mismo, o de una donación que se

hace a otro. Quien ha hecho una de estas estipulaciones no puede revocarlas, una vez que el tercero ha manifestado su voluntad de aprovecharse de ellas.

Art. 1.130. Los contratos no producen efectos más que entre las partes contratantes, y no perjudican ni favorecen a los terceros, salvo los casos establecidos por la ley.

Estos dos artículos sólo son una reproducción, con algún retoque, de las siguientes disposiciones del Código civil francés :

Art. 1.119. «On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nome que pour soi même.»

Art. 1.121. «On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait a un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter.»

Art. 1.165. «Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1.121.»

Los retoques realizados por el legislador italiano consisten en la supresión del inciso «en general», del art. 1.119, del Código civil francés, y en haber sustituido las últimas palabras del art. 1.165 del mismo Código, que limitaban a las del art. 1.121 las excepciones posibles del principio general establecido, por las palabras «los casos establecidos por la ley», de contenido más amplio y general, pues que comprenden no sólo los dos casos de que se ocupa el art. 1.128 del Código civil italiano (art. 1.121 del Cód. civ. francés), sino también el caso de la renta vitalicia constituida en favor de un tercero (art. 1.794 del Cód. civ. italiano, y 1.973 del Cód. civ. francés), y en general, todos los otros casos posibles, ya regulados por las leyes civil o mercantil, o que han de regularse en el futuro por otras leyes.

Como mérito del legislador italiano, puede tenerse en cuenta también el haber ligado y reunido el art. 1.130 del Código civil italiano al 1.128 que le precede, con lo que ha colocado en un mismo título y en cuadro completo las bases legislativas del contrato a favor de tercero.

§ 3.º INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1.119, 1.121 Y 1.165 DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, Y DE LOS 1.128 Y 1.130 CORRESPONDIENTES DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO

En torno a los artículos citados del Código civil francés que, con las ligeras modificaciones indicadas en el párrafo anterior, se corresponden con los artículos 1.128 y 1.130 del Código italiano, se ha producido una abundante interpretación doctrinal y jurisprudencial de que intentaré dar ahora un breve, pero preciso resumen, poniendo en evidencia las causas que la han determinado.

Todo ese movimiento interpretativo se ha desarrollado entre dos extremos opuestos, uno de los cuales representa la vuelta al principio clásico romano de la absoluta nulidad de todo contrato a favor de tercero, mientras que el otro representa la supresión total de aquel principio, con la superposición de la doctrina germánica sobre la validez de todo contrato de esa clase, fundada en la voluntad de las partes contratantes, a las disposiciones positivas del Código civil. Entre estas dos posiciones extremas, existen otras varias intermedias y conciliadoras.

1.<sup>a</sup> *Teoría de la oferta*.—La teoría extrema en sentido negativo es la llamada teoría de la oferta, que tiene precedentes históricos importantes en el Derecho común (1), y que ha sido sostenida, con matices diversos, por LAURENT, TOULLIER, LAROMBIERE, THALLER y otros; y por RICCI, y recientemente, MANENTI, entre nosotros (2). Según esta teoría, el contrato a favor de tercero es nulo siempre, en cuanto tal, y de modo especial en cuanto a las relaciones con el tercero; pero puede contener una oferta hecha al tercero, que, cuando sea aceptada por éste, da lugar y nacimiento a un nuevo contrato en virtud del cual adquiere el tercero un derecho propiamente suyo o derivado.

Pero, ¿quién es el que hace la oferta? Ya en esta primera cuestión se manifiesta el desacuerdo, pues según unos (TOULLIER, LAROMBIERE,

(1) Cfr. GAREIS, ob. cit., págs. 58-84.

(2) Para una exposición más detallada de las varias formas asumidas por la teoría de la oferta, véase CHAMPEAU, ob. cit. en la Bibliografía (núm. 59), en la página 85 y sigs. Cfr. TARTUFARI, ob. cit., y MANENTI, en la *Rivista di diritto civile*, I, pág. 336 y sigs. y en la pág. 624 y sigs.

DEMOLOMBE, LAURENT), quien ofrece sería el estipulante, el cual, por tanto, estipularía primero con el promitente a favor propio, y luego ofrecería al tercero el derecho adquirido antes para sí; según otros, por el contrario (de modo especial THALLER), sería el promitente quien haría la oferta en virtud del contrato celebrado con el estipulante. Según esta opinión, el estipulante se haría prometer por el promitente el ofrecimiento por éste al tercero de la prestación convenida entre los dos contratantes; y el tercero, al aceptar esa oferta, hecha por el promitente de acuerdo con el contrato celebrado en favor del tercero, se convertiría en acreedor del promitente. Según otra opinión, en fin (en especial defendida por MANENTI), la oferta al tercero se haría por las dos partes contratantes en favor del mismo.

¿Y qué derecho nace en beneficio del tercero en virtud de su aceptación? También en este problema existe la más profunda disparidad de opiniones. LAURENT, sostiene que el derecho que adquiere el tercero no es otro que el mismo del estipulante contra el promitente, que podrá ejercerlo en virtud del art. 1.166 del Código civil (correspondiente al art. 1.234 del Cód. civ. italiano); TOULLIER y LAROMBIERE atribuyen al tercero una acción propiamente suya, como si hubiese contratado directamente con el promitente en vez de haberlo hecho el estipulante. Otros, en fin, acudiendo a una notable variante de las opiniones precedentes, recurren a la idea de una cesión del derecho del estipulante, cuya notificación al promitente estaría contenida, *a priori*, en el mismo contrato celebrado entre él y el estipulante.

Pero no son éstas las diferencias más profundas. Siempre que se parta de la idea de una oferta hecha por el estipulante o por el promitente o por entrambos, es preciso admitir, si se quiere ser lógicos, que tal oferta no puede ser aceptada nunca por el tercero cuando le haya premuerto quien deba hacer la oferta, ni tampoco por los herederos del tercero, cuando éste haya muerto sin haberla aceptado personalmente. Y a esa conclusión precisamente llegan eminentes civilistas franceses, y de modo especial LAURENT. En cambio, otros (como DURANTON, LAROMBIERE, etc.), prefieren sacrificar la consecuencia lógica a la conveniencia práctica, y afirman que el tercero puede aceptar la oferta aunque quien la hizo le haya premuerto, con tal que la oferta no haya sido revocada por los herederos del que la hizo, así como que los herederos del tercero también pueden aceptarla si no lo hizo éste antes de morir.

No vamos a hacer aquí una crítica minuciosa de esta teoría en todas sus variantes; nos limitaremos a resumir los argumentos fundamentales que han servido para refutarla.

Se ha observado, justamente, que tal teoría no interpreta, sino que suprime, directa y francamente, los arts. 1.121 y 1.165 del Código civil francés y los correlativos 1.128 y 1.130 del italiano. El art. 1.121 establece excepciones al principio de la nulidad: la forma en que está redactado y sus precedentes históricos, no dejan lugar a duda alguna. Los arts. 1.119, 1.121 y 1.165 del Código civil francés (art. 1.128 del italiano), después de proclamar el principio de que el contrato sólo produce sus efectos entre las partes, añaden que en los casos del art. 1.121 (o con expresión más general en todos los casos establecidos por la ley), este principio sufre excepciones. Ahora bien, estas excepciones, admitidas por el mismo legislador, desaparecen cuando se acepta la teoría de la oferta, puesto que esta teoría pone como fundamento del derecho del tercero, no el contrato celebrado a su favor y al que ha permanecido extraño, sino un nuevo contrato que adquiriría su perfección con su aceptación de la oferta (3).

2.<sup>a</sup> *Teoría de la «negotiorum gestio»* (4).—Esta teoría tiende a suprimir el principio de la nulidad, valiéndose para ello de la *negotiorum gestio*. Tiene su primera manifestación en una idea de POTHIER, que admitía que el contrato a favor de tercero fuese válido, entre las partes, cuando el estipulante pudiese ser considerado como gestor del tercero. Desarrollando esta idea, con referencia a las relaciones entre estipulantes, promitente y tercero, llegaba DEMOLOMBE a afirmar que el estipulante a favor de un tercero es un gestor del cual el tercero es el *dominus*. La conclusión de todo contrato a favor de tercero constituiría, en suma, un *negotium* subjetivamente *alienum* (el llamado *negotium contemplatione alienum*); el tercero, al aceptar, ratificaría una gestión y adquiriría con ello una acción contra el promitente.

También puede decirse que esta teoría está definitivamente refutada. No puede dudarse que tanto el legislador francés como el italia-

(3) Véase especialmente LAMBERT, ob. cit., págs. 13-20 y toda la obra en general.

(4) DEMOLOMBE, *Contracts*, I, núm. 231 y sigs.; LABBÉ, *Ratifications des actes d'un gerant d'affaires*, pág. 56; TARTUFARI, ob. cit., pág. 75, y LAMBERT, ob. cit., pág. 20 y sigs.

no tienen idea clara de la distinción entre la representación y el contrato a favor de tercero, y que cuando disponen que un contrato a favor de tercero sea válido, reconocen su validez independientemente de toda idea de representación. En los casos en que tanto el Código civil francés como el italiano admiten los contratos a favor de tercero, no es preciso, pues, acudir al recurso de la representación; y viceversa, donde puede admitirse la idea de la representación no se puede hablar de contrato a favor de tercero. La teoría de DEMOLOMBE contiene, pues, dos errores: 1.º, querer admitir siempre la representación donde existe un contrato a favor de tercero, lo que es arbitrario; 2.º), creer que con el concepto de la representación se pueden regular adecuadamente todos los casos típicos de contratos a favor de tercero. (Véase más adelante el § sobre la *La representación y los contratos a favor de tercero.*)

3.ª *Teoría de las obligaciones subjetivamente alternativas* (5).—Esta ingeniosa teoría fué escogida para justificar el contrato de seguro a favor de un tercero; pero su autor la ha considerado aplicable a todo otro contrato a favor de tercero, y conviene por ello dar un resumen crítico de la misma. Según BOISTEL, el asegurado, del mismo modo que cualquier otro contratante a favor de un tercero, contrata bajo condición alternativa a favor del tercero y en favor propio: sólo quiere dar lugar a una obligación «alternativa en cuanto a la designación del acreedor»; lo cual, ante el silencio de la ley respecto a las obligaciones subjetivamente alternativas, debería ser permitido por analogía con las obligaciones objetivamente alternativas. De las dos obligaciones creadas de este modo, una debería considerarse como principal, a saber: la establecida a favor del estipulante, mientras que sería accesoria la establecida a favor del tercero.

Esta construcción jurídica es, como ya he dicho, ingeniosa, pero artificiosa. Se adapta bien al contrato de seguro mixto a favor de tercero, y en sustancia no es sino una reconstrucción teórica apoyada en el modo de ser tratados estos contratos por las leyes recientes y la jurisprudencia francesas. Pero a pesar de todo, aun en esta su especial aplicación, no deja de estar fundada completamente en el aire, ya que no es admisible argumentar, por analogía, de la alternatividad objetiva a la subjetiva. Afirmar que el acreedor pueda poner junto a sí, mediante

---

(5) Véase BOISTEL, en *Dalloz* sobre *Caen*, 3 de enero de 1888, D., 89, 2, 120; y LAMBERT, ob. cit., pág. 30 y sigs.

un contrato, a un coacreedor alternativo, significa, en el fondo, afirmar que se puede estipular a favor de tercero; o sea, precisamente aquello que ya no se trata solamente de afirmar, sino de demostrar. LAMBERT ha demostrado, ingeniosamente, que la teoría de BOISTEL no es aplicable a los casos de estipulaciones a favor de tercero, que, según la doctrina civilista francesa, están admitidas en el art. 1.121 del Código civil francés (correspondiente al 1.128 del italiano) (6).

4.<sup>a</sup> *La teoría de la reducción del principio de la nulidad.*—Otros escritores no intentan, como los precedentes, soslayar el principio de la nulidad; al contrario: reconocen que es preciso conceder a este principio algún alcance, desde el momento que el mismo legislador lo ha sancionado. Pero como creen que no tiene más razón de ser que la que le proviene de la autoridad del Derecho romano, mientras le es opuesta, según ellos, la tradición del Derecho francés, no dudan en declarar que está reducido a los límites más estrechos, en virtud de la extensión de la esfera de las excepciones establecidas para tal principio por el legislador. Se trata, en suma, de dar una interpretación de la ley que salve formalmente el principio contenido en el art. 1.119, asignándole una extensión real mínima (7), y que al mismo tiempo atribuya al art. 1.121 un campo de aplicación amplísimo, capaz de satisfacer todas las necesidades de la vida moderna. Este art. 1.121, como ya se sabe, reconoce excepcionalmente válido para el tercero el contrato celebrado a su favor: 1.<sup>o</sup>), *cuando el tal es la condición de una estipulación celebrada para uno mismo*; 2.<sup>o</sup>), *cuando es la condición de una donación que se hace a otro*. De estas dos excepciones, la segunda no presenta la menor dificultad: es tradicional. Pero, ¿cuál es la extensión de la primera? La respuesta depende en gran parte de la interpretación que se dé a la palabra *condición*. Si se le da el significado técnico de «un acontecimiento futuro e incierto», la extensión de la excepción quedará reducida casi a cero. El art. 1.121 vendría a decir que es válido el contrato a favor de tercero cuando constituye la condición de un contrato celebrado para provecho propio. Por ejemplo: prométeme darme 100 si no das 50 a Sempronio. Esta interpretación tiene, sin embargo, el grave inconveniente de presuponer que el legislador ha usado en el art. 1.121 la misma palabra (*condición*) en dos sentidos distin-

(6) Cfr. LAMBERT, ob. cit., págs. 45 y sigs.

(7) Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Obligazioni*, I, pág. 197.



tos. En efecto, no es posible admitir que al referirse al caso de la donación, la palabra *condición* signifique una verdadera y propia *condición*; en este caso tiene, indudablemente, el significado de una cláusula accesoria o *modus*, como lo exige una tradición ininterrumpida. Es preciso, pues, admitir, si se quiere evitar el inconveniente que acabamos de señalar, que sea este último su significado, también en el caso de la estipulación celebrada *para uno mismo*.

Pero aun admitido esto, no han desaparecido todas las dudas, puesto que es preciso determinar después qué es lo que ha querido decir, más concretamente, el legislador con las palabras *condición de una estipulación que se ha hecho para uno mismo*. Y aquí, precisamente, aparece la *interpretación amplia* de los escritores cuyas doctrinas estamos examinando.

«En la terminología romana, la palabra *estipulación* —escribe BARDE (8)— se usa en sentido restringido: es la antítesis de la palabra *promesa*. Estipular quiere decir provocar una promesa, una obligación. Aquel que estipula saca del contrato un provecho personal. Pero después, el término *estipular* ha recibido un significado mucho más amplio: con esa expresión se ha llegado a designar la acción de participar en un contrato, bien para convertirse en acreedor, bien en deudor. Ahora bien: cuando el art. 1.121 habla de estipulación que se hace para sí mismo, la palabra *estipulación* toma este último significado. Así, para que la estipulación a favor de un tercero inserta en un contrato oneroso sea válida, basta con que en este contrato se obligue el estipulante, aparte de la estipulación para otro; no es ineludible, en cambio, que deba realizarse una prestación en su provecho» (9).

En apoyo de esta tesis, además del sentido amplísimo de la palabra *estipulación*, afirmado, pero no demostrado, se alegan los siguientes argumentos: 1.º), que así como en el caso de donaciones *sub modo* a favor de tercero, el donante nada estipula para sí y, sin embargo, se admite que el tercero pueda adquirir un derecho contra el donatario, no se ve la razón por la que no haya de ser igual en el acaso primero a que se refiere el art. 1.121; 2.º), que aceptando la interpretación más ajustada a la letra del artículo comentado, se crea una dificultad grave al determinar el valor, la entidad, que deba tener la estipulación a fa-

(8) Ob. cit., págs. 193-194.

(9) BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE. ob. cit., pág. 194, núm. 1.

vor del estipulante, de la que sería una modalidad la establecida a favor del tercero. En efecto, si se admite que aquel valor pueda ser insignificante, se llega a una solución pueril al reconocerse o negarse la validez de la estipulación a favor del tercero en virtud de una circunstancia de hecho completamente banal. Si se admite que la estipulación a favor del tercero deba tener por objeto una cierta parte de la prestación debida al estipulante, se cae en la arbitrariedad. ¿Deberá ser esa parte la mitad, el tercio, un cuarto? (10). Bastará, pues, se concluye, que el estipulante haya realizado una prestación al promitente para tener como válida la estipulación hecha a favor de tercero en virtud de esa prestación previa.

No puede desconocerse el valor conceptual de esta teoría. Tiene un precedente histórico en la doctrina de los glosadores. Ha sido defendida después como doctrina romana por LAMBERT (11), y más recientemente, por algunos otros autores.

Pero frente al Código civil me parece absolutamente insostenible. No puede admitirse que la palabra *estipulación* sea usada en el artículo 1.121 en el sentido querido por los autores antes aludidos, porque aun cuando por *condición* se entienda en ese artículo un *modus* o cláusula accesoria, como admiten estos autores, es evidente que se presupone la existencia de una estipulación concertada a favor del estipulante; pues de otro modo faltaría la obligación principal de la cual la establecida a favor del tercero es considerada como accesoria. No vale el decir aquí que, así como en el caso de una *donación sub modo* a favor de tercero se admite el derecho de éste independientemente de la existencia de una obligación del donatario para con el donante, así debe admitirse, igualmente, en el caso de una estipulación a favor de un tercero que constituya una condición de una estipulación concertada por alguno *para sí mismo*, como dice el art. 1.121.

Con esta argumentación se llega a equiparar los dos casos que la ley tiene, en cambio, por distintos, y se da a la expresión *estipular para sí mismo* un significado completamente arbitrario y no conforme, antes al contrario, opuesto al que tiene en la tradición, en la ley y en la doc-

---

(10) BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., pág. 194, núm. 1.

(11) En su tesis *La stipulation pour autri*. Droit français, § 10. Citada por BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., pág. 197.

trina jurídica, refiriéndola a un contrato celebrado por alguien personalmente, aun cuando no sea en provecho propio (12).

No sería fácil explicar, si esta teoría fuese justa, por qué el legislador habría considerado por separado la *donación sub modo*, cuando entraría de nuevo en la hipótesis de la *estipulación para sí mismo*. No queda, pues, como apoyo de esta teoría, que combato, sino el argumento fundado en la dificultad de fijar la relación entre la estipulación celebrada por el estipulante para sí, y la celebrada a favor del tercero. Pero esta dificultad no es tampoco insuperable, como veremos más adelante.

5.<sup>a</sup> *La teoría de la validez de todo contrato a favor de tercero, a pesar de los artículos 1.119 del Código civil francés y del 1.128 del italiano.*—Hay otros autores, en fin, que creen posible el proclamar la validez de todo contrato a favor de tercero, a pesar de las explícitas disposiciones en contrario de los Códigos francés e italiano. Estos autores parten de la idea de que el principio de la nulidad es un puro residuo histórico, que representa un «deplorable anacronismo en el sistema de nuestro Derecho privado». Los artículos del Código que lo proclaman son textos muertos: «que es inútil expresar, pues nunca darán un destello de vida». Pueden, por tanto, ser amputados, como miembros atrofiados, sin que el cuerpo o sistema de nuestro Derecho sufra el menor daño, antes al contrario, con ventaja para el mismo.

LAMBERT, en su libro genial, que ha ejercido notable influencia sobre la doctrina civilista francesa más reciente, se ha aprestado a defender esa posición desde el punto de vista histórico (13). Otros autores, entre nosotros, han creído poder alcanzar el mismo resultado con procedimientos más expeditivos. Sólo TARTUFARI (14) se ha dado plena cuenta de las dificultades de índole legislativa y jurídica, y ha intentado superarlas esforzándose en poner fuera de combate el art. 1.128 del Código civil italiano, demostrando su insuficiencia, y tratanto de quitar, o al menos atenuar, los obstáculos que se oponen a este procedimiento. El primer obstáculo que se le presenta en ese camino es el conocido principio: *res inter alios acta nec nocet nec prodest*, el cual está reproducido integralmente en el art. 1.130 del Código civil italiano, y del que este gran civilista trata de desembarazarse de un modo

(12) Véase CHAMPEAU, ob. cit., pág. 82; y LAMBERT, ob. cit., págs. 8 y 9.

(13) LAMBERT, ob. cit., págs. 70 y sigs.

(14) TARTUFARI, ob. cit., págs. 302 y sigs.

radical. Este principio habría sido dictado —según este escritor—, para el caso en que las partes contratantes no hubieran querido atribuir derechos a tercero, y evitar así que alguien se dedicara a pretender, o reclamar, alguna cosa fundándose en un contrato al cual no sólo hubiese permanecido extraño, sino en el que ni siquiera se le hubiera tenido en cuenta al perfeccionarlo. Por tanto, aquel principio no constituiría un obstáculo a la validez del contrato a favor de tercero, en aquellos casos en que el contrato se celebrase con esa intención; esto es: en el caso en que *res inter alios ad hoc acta fuerin ut tertio proderit*.

Evidentemente —prosigue TARTUFARI—, «en tal caso sólo es posible una solución: respetar como siempre la voluntad de las partes, según la regla *contractus legem ex conventionē accipiunt*, y reconocer, por tanto, al tercero el derecho que aquéllas le quieren atribuir; ya que ni de la lógica ni del derecho se puede deducir ninguna razón decisiva que se oponga a esto, mientras que, por el contrario, todos los principios que rigen y gobiernan la materia de los contratos inducen necesariamente a reconocer una eficacia plena y absoluta a aquella intención. Y tal es, en realidad, el camino que ya en el Derecho romano vemos seguir a los jurisconsultos y a los Emperadores en sus respuestas y en sus decisiones, aunque sólo sea en las pocas excepciones que las necesidades prácticas de la vida de entonces habían obligado a introducir contra la antigua regla *nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest*; como tal es, igualmente, el camino seguido por la jurisprudencia más corriente y por muchos de los Códigos modernos, especialmente en orden a ciertos contratos que nacidos de la actividad comercial se han desarrollado en gran parte fuera de la influencia de Derecho romano. De todo lo cual, aparece con claridad que la proclamada ineficacia de los contratos en cuanto a los terceros está fundada solamente en el respeto a la voluntad de las partes y no sobre una imposibilidad jurídica, así como que el antiguo adagio jurídico *res inter alios acta alii prodesse non potest*, se le debe añadir hoy, necesariamente, esta limitación: *nisi ad hoc acta fuerit*.

¿Puede considerarse como concluyente este intento de demostración? Me parece que no. Ante todo, la interpretación restrictiva de la regla: *res inter alios acta alteri nec nocet nec prodest*, es arbitraria. Esta regla, en cuanto se citaba con relación a las estipulaciones en favor de tercero, no podía ciertamente ser interpretada así, por Derecho romano, como lo hace TARTUFARI, siguiendo en esto a UNGER, GAREIS y otros. Para admi-

tir esto, sería preciso olvidar el categórico «*cum tibi non vis, illi non potes*» de Diocleciano. Pero si esta interpretación es inadmisibile en Derecho romano, tanto más inadmisibile es por Derecho civil, y por este motivo, el legislador italiano ha incluido aquella regla, expresamente, como complemento de su esquema del contrato a favor de tercero. Tal interpretación es por sí misma, además, inadmisibile por arbitraria, y porque da a la regla en cuestión un sentido carente casi de todo valor práctico. La cuestión que consiste en decidir si un tercero puede adquirir un derecho cualquiera en virtud de un contrato al que ha permanecido extraño, sólo tiene actualidad cuando tal sea, en realidad o presumiblemente, la intención de las partes contratantes. No es más adecuado para dar una base sólida a la tesis de TARTUFARI el acogerse a la máxima *contractus legem ex conventionione accipiunt*; esta máxima se refiere solamente a los efectos del contrato entre las partes contratantes. Ya observaba atinadamente SALEILLES, que el querer justificar la validez del contrato a favor de tercero con una simple llamada a la máxima citada, era caer en una petición de principios. Las partes contratantes pueden convenir lo que quieran, pero siempre dentro de los límites preestablecidos por el derecho objetivo: éste no puede ser modificado por aquéllas. Acudir a las voluntad de las partes contratantes para sostener la validez del contrato a favor de tercero equivale a colocar la voluntad de aquéllas por encima de la ley, o a dar por demostrado lo que precisamente se debe demostrar.

Es absolutamente erróneo, pues, el sostener que las excepciones romanas al principio de la nulidad tuvieran su fundamento en la voluntad de las partes contratantes. Después de cuanto se ha dicho en la primera parte de esta obra, no creo preciso insistir de nuevo ahora. Baste sólo el recordar que las referencias al *idem placitum* de las partes contratantes, como a fuente interpretativa del contenido del contrato, están hechas todas, salvo el caso de la Cons. 3, del Cód. VIII, 54, con referencia a los efectos del contrato entre las partes, pero no en relación con el tercero. La conclusión a que nos llevan todas estas observaciones quita a la demostración de TARTUFARI todo fundamento seguro; su tesis permanece radicalmente desfondada.

Por lo demás, parece que el mismo TARTUFARI tuvo como una vaga intuición de todo esto, ya que intenta darle a continuación una base distinta, que sería totalmente superflua si la primera tuviera algún valor.

Y así afirma que el art. 1.130 del Código civil italiano sólo es contrario a su tesis en apariencia, en cuanto que admite excepciones al principio de la nulidad. Entre estas excepciones están incluidas, en su opinión, las del art. 1.128 del Código civil italiano. Ahora bien —prosigue TARTUFARI—, «cuando se reconozca que el art. 1.128, tal como está concebido, es insuficiente por completo para las exigencias de la vida moderna, y se llegue uno a persuadir de lo que *debería ser realmente* su contenido, según los principios de una doctrina respetuosa, mas no esclava, de la tradición, aparecerá con toda claridad la verdad del principio poco antes afirmado, esto es, que los contratos no pueden favorecer a los terceros salvo en aquellos casos en que resulte que esa haya sido la común intención de los contratantes».

Pero me parece que en este punto el eximio escritor se ha olvidado, por lo menos, de los precedentes legislativos del art. 1.130. El art. 1.165 del Código civil francés admitía sólo dos excepciones al principio que enunciaba, que eran las incluidas en el art. 1.121 del mismo Código. Ello era demasiado rígido, tanto frente al mismo Código, que reconocía la validez de la renta vitalicia a favor de tercero, como frente a las necesidades de la vida; pero en el fondo era bien claro y explícito. El Código civil italiano, en su art. 1.130, no quiere cambiar en este punto de criterio, pero mejor informado quizás por las críticas hechas al art. 1.165 del Código francés, a causa de no tener en cuenta el caso de la renta vitalicia, modificó su redacción de modo que comprendiera entre las excepciones de la regla por el artículo establecida, el caso de la renta vitalicia, y *todos los otros casos posibles, regulados, o regulables después, por la ley*.

Ahora bien: dada esta realidad, ¿cómo puede deducirse jamás de una pretendida, e incluso concedamos, demostrada insuficiencia del número de las excepciones admitidas en el párrafo del art. 1.128, la conclusión de estar hoy la regla misma superada y abrogada por las excepciones? En mi opinión no puede llegarse a tal conclusión, ni *de iure condendo*, ni menos aún *de iure condito*. Con tal interpretación, el intérprete vendría a sustituir al legislador. En realidad, el art. 1.130 del Código civil italiano, al admitir que un contrato pueda producir efectos a favor de tercero en los casos tenidos en cuenta por la ley, rechaza que tal cosa pueda producirse por la simple voluntad de las partes contratantes. Mejor habría sido, pues, dejar aparte este criterio de la inten-

ción de las partes, que ya por sí mismo es tan poco recomendable, y atenderse, en cambio, al querer reconstruir esta institución, a los criterios fundamentales dictados y señalados por el legislador.

#### § 4.º MI INTERPRETACIÓN DE LOS ARTS. 1.128 Y 1.130 DEL CÓDIGO CIVIL

Del examen de las varias teorías que he resumido en los párrafos anteriores, resulta clara e innegable la tendencia de la más reciente doctrina civilista, francesa e italiana, a dejar a un lado y apartar de nuestro sistema el principio de la nulidad de los contratos a favor de tercero. Pero, ¿tiene una base sólida esta tendencia? ¿Responde a una verdadera necesidad práctica? En mi opinión debe responderse negativamente a las dos cuestiones. Creo que se trata de un movimiento transitorio destinado a desaparecer, y en ello nos confirma el examen de las causas que lo han determinado. Ha sido ya observado por otros, oportunamente, que durante la primera mitad del siglo pasado, tanto la doctrina como la jurisprudencia, se han ocupado muy poco o nada de estos contratos. Para persuadirse de ello basta hojear —dice LAMBER— los Repertorios de DALLOZ y de SIREY. El contrato a favor de tercero podía compararse a un utensilio olvidado, del que no se sabía servir por el largo tiempo que no había sido utilizado. Pero las cosas cambiaron desde el momento en que comenzó a difundirse el contrato del seguro a favor de tercero. Era preciso dar a este contrato una disciplina jurídica para la que no servían los artículos del Código civil: de ahí la lucha. Lucha en un principio de sutilezas y argucias (teorías de DEMOLOMBE, BOISTEL y otros), y abierta y violenta más tarde (teorías de LAMBERT, BARDE, TARTUFARI y otros). Y se produjo este fenómeno (del que aún hoy parece que muchos escritores no han logrado alcanzar el significado): que para regular de un modo determinado un sólo contrato a favor de un tercero —nacido con caracteres completamente particulares—, se tomaron por asalto las disposiciones generales del Código, para retorcerlas y suprimirlas.

Pero, ¿era necesario, realmente, proclamar la validez de todo contrato a favor de tercero con arreglo a la forma y los efectos que se consideraba necesario atribuir al contrato de seguro a favor de tercero? ¿No hubiera sido más prudente dirigir los esfuerzos, por el contrario, a sustraer este último contrato del alcance del art. 1.121 del Código

civil francés, sin más generalización, como lo supo hacer REICHSGERICHT, en relación con este punto de los seguros, frente a las disposiciones inadecuadas del derecho territorial prusiano? (15).

Es preciso reconocer que la doctrina francesa se encontraba en una situación más difícil, por el hecho de no admitir el art. 1.165 del Código civil otras excepciones al principio de la nulidad que las del artículo 1.121 del mismo Código, y éstas dependían de ciertos requisitos que no se daban en el contrato de seguro a favor de tercero (donación, estipulación por parte del estipulante y aceptación del tercero), y producen efectos (irrevocabilidad posterior a la aceptación), que no son conciliables con su función. Habría sido necesario, pues, declarar válido el contrato de seguro en beneficio de tercero, aun manteniendo firme el principio general y las excepciones, de los arts. 1.119 y 1.121 del Código civil francés. Y esto es lo que hace silenciosamente el Tribunal de Casación (por lo que tuvo alabanzas y censuras). Pero la ciencia francesa jurídica no ha sabido recorrer ese camino: no ha osado lo menos, que habría sido el admitir el reconocimiento de contratos especiales a favor de tercero, válidos *prueter legem*, y ha osado lo más, en cambio: o sea el proclamar caducado el principio del art. 1.119 del Código civil francés.

Esta conducta sería inexplicable si no se supiera cuánta influencia ha ejercido sobre la civilística francesa e italiana en los últimos decenios la doctrina y el movimiento legislativo germánicos. El principio germánico de la validez, en principio, de todo contrato a favor de tercero, nacido del modo que hemos visto antes, ha seducido con la fascinación de la novedad y de la antítesis respecto al Derecho romano; y contrastado vigorosamente en su patria, donde, después de todo, tenía condiciones mucho más favorables, ha logrado imponerse en los países latinos... contra las disposiciones positivas de las leyes. Ejemplo éste, en mi opinión, muy digno de estudio, de la desorbitada influencia que puede ejercer la doctrina extranjera si no está bien ponderada y valuada en relación con los distintos sistemas legislativos.

Aclaradas y explicadas así las causas por las que también en Francia e Italia se ha podido sostener el principio de la validez de todo con-

---

(15) Cfr. GLAUM, *Gehört die Lebensversicherungssumme zum Nachlasse des Versicherten?* Erlangen, 1897, pág. 19; HASENHÖRL, *Oest. Oblig.* (2.<sup>a</sup> edición), página 746.



trato a favor de tercero en virtud de la sola voluntad de las partes contratantes, independientemente de toda adhesión por parte del tercero, parecerá natural el volver sobre una interpretación más clara y segura de las disposiciones de los dos Códigos. Esta explicación consiste en admitir que los arts. 1.119 del Código francés, y el 1.121 del italiano, proclaman el principio de la nulidad de los contratos a favor de tercero, sobre el cual solamente establecen ciertas limitaciones, en lo referente a las relaciones entre las partes, y ciertas excepciones en relación con el tercero.

Toda la teoría de los contratos a favor de tercero —puesto que el principio de la nulidad no tiene necesidad de una justificación especial por estar de acuerdo con una tradición milenaria, y por expresar cuál es la verdadera función normal del contrato, esto es, la de crear derechos y obligaciones para y entre las partes—, girará en torno a estos dos puntos:

- 1.º Determinar en qué condiciones un contrato a favor de tercero pueda ser válido entre las partes.
- 2.º Y en qué casos, y en qué condiciones, tal contrato da lugar, excepcionalmente, a un derecho del tercero.

## CAPITULO II

# LIMITACIONES Y EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LA NULIDAD

### I

#### Las limitaciones

#### § 1.º DE LA VALIDEZ ENTRE LAS PARTES EN VIRTUD DEL INTERÉS DEL ESTIPULANTE

En el desenvolvimiento histórico del Derecho romano se fueron aplicando al principio absoluto de la nulidad, como ya se ha visto, algunas limitaciones, dirigidas a impedir que aquel principio, saliéndose de la propia esfera de aplicación, viniese a dañar aquellos contratos que sólo exteriormente estaban realizados a favor de un tercero, siendo en realidad y en sustancia verdaderos contratos a favor del estipulante. Estas limitaciones a lo absoluto de aquel principio de nulidad consistieron en que, primero en algunos casos y después en general, se admitió que el contrato a favor de tercero pudiese ser válido entre las partes contratantes, cuando el estipulante (*Promisario*), tuviese algún interés propio en la ejecución del contrato.

Ahora bien: ¿qué debe decirse a este propósito respecto al Derecho civil italiano? Si bien es verdad que en los artículos del Código civil italiano relativos a esta materia no hay alusión explícita a esta cuestión, estando expresado el principio de la nulidad como una prohibición absoluta, sin embargo, en mi opinión, es indudable que el tal principio no puede haber adquirido hoy una mayor rigidez que la que tuvo en el Derecho justinianeo. La teoría del contrato a favor de ter-

cero, en cuanto se refiere a las partes contratantes, es todavía la misma del Derecho justiniano. Lo cual está demostrado por los precedentes históricos del art. 1.119 del Código civil francés, y del art. 1.128 del italiano, así como por la segunda parte del art. 1.128 (correspondiente al 1.121 del francés), que se refiere también a las relaciones entre las partes contratantes, y se entiende, en este punto al menos, en el sentido de la doctrina de POTHIER. La única controversia que puede surgir (y que ha surgido en efecto y dado origen a vivos debates), se refiere a la índole del interés exigido para que el contrato a favor de tercero deba considerarse válido entre las partes.

Pero antes de afrontar este problema será oportuno disipar un equívoco en el que es fácil incurrir, y en el que realmente han caído algunos escritores (1). En los diversos contratos a favor de tercero que se pueden imaginar, la obligación del promitente respecto al tercero puede tener su fundamento, bien en una prestación anterior y a su favor del estipulante (promisario) (dación, asunción de obligación, liberación), bien simplemente en su intención de donar al tercero. En este último supuesto, el estipulante (promisario), sólo estaría adhibido *ad adstringendam promittentis fidem*. Ahora bien: ha parecido a algunos escritores que, en la primera de esas dos categorías de casos, la cuestión de la índole del interés exigido para reconocer la validez del contrato entre las partes no tiene importancia, ya que en tales casos puede decirse que el estipulante tiene siempre un *interés pecuniario* en la ejecución de la prestación en favor del tercero; interés representado, precisamente, por la prestación realizada por él, previamente, con el mismo fin. Y como después se ha afirmado también, por autorizados tratadistas, que sólo en esos casos se puede hablar de verdadero contrato a favor de tercero, se ha terminado por afirmar que la cuestión de la pecuniaridad, o no, del interés del estipulante no tiene razón práctica alguna de ser, ya que donde existe un verdadero contrato a favor de tercero existe siempre un interés pecuniario del estipulante, mientras que donde falta ese interés no hay un verdadero contrato a favor de tercero. Por tanto, el contrato a favor de tercero sería siempre válido entre las partes contratantes.

Toda esta doctrina, como ya se ha indicado, está basada sobre un

---

(1) Véase POTHIER, *Oblig.*, núm. 59. Cfr. TARTUFARI, *ob. cit.*, pág. 339, y CHAMPEAU, *ob. cit.*, pág. 64.

equivoco. Es indudablemente erróneo decir que en los casos en que la obligación del promitente tiene su *causa* en una prestación previamente realizada por el estipulante en su favor, o en una obligación asumida por él mismo, hay siempre un interés pecuniario en la ejecución y cumplimiento de la obligación del promitente para con el tercero. El estipulante tiene en estos casos, ciertamente, un interés pecuniario, pero que no está necesariamente ligado al cumplimiento de lo convenido en favor del tercero, sino solamente a poder repetir por lo que ha dado, o conseguir la resolución de la obligación convenida. Podrá tener, y generalmente lo tendrá, un interés ulterior, en que se cumpla la prestación en favor del tercero; pero este interés ulterior no será *necesariamente* un interés pecuniario. Podrá ser pecuniario si, por ejemplo, el estipulante estuviera obligado a realizar la misma prestación al tercero en virtud de otra obligación; pero podrá ser de simple afección cuando no esté jurídicamente obligado a ello. Es preciso tener presente que el interés del estipulante que se tiene aquí en cuenta no es el interés que tiene en que su prestación no sea ineficaz, o en que su obligación no le vincule inútilmente, sino que es aquel interés (superior a la prestación realizada por él, o a la obligación asumida por él, y que le ha decidido a contratar) que tiene en que la prestación prometida por el promitente en favor del tercero se cumpla efectivamente. Cuando el estipulante obtiene la restitución de lo que ha dado antes, o la liberación de la obligación asumida, por no haber cumplido el promitente lo que debía, no puede decirse que este interés a que nos referimos haya sido satisfecho. Para poder decir esto, es preciso que el Juez, además de ordenar la restitución o la resolución en favor del estipulante, condene también al promitente a resarcir el *id quod interest* de la prestación no recibida por el tercero. Sólo en esta hipótesis podrá decirse que el Juez ha reconocido válido, entre las partes contratantes, el contrato celebrado en favor de tercero. Pero como el interés del estipulante tampoco es en este caso necesariamente pecuniario, se comprende que también en estos casos surja la cuestión: ¿de qué índole debe ser el interés del estipulante en que se cumpla la prestación en favor del tercero, para que el contrato pueda ser reconocido como válido entre las partes contratantes? Nos encontramos, pues, de nuevo, una vez disipado el equivoco, ante el punto de partida.

Hemos visto cómo en el Derecho romano postclásico se manifestó la tendencia a reconocer válida entre las partes la estipulación a favor de

un tercero, en virtud de cualquier interés, incluso de una pura razón afectiva. Igual tendencia se vuelve a encontrar en la doctrina moderna. Ya llegaba a esta conclusión POTHIER cuando sostenía que quien contrata a favor de un tercero se obliga, por ello mismo, frente a éste como gestor, y por estar obligado de ese modo adquiere un interés en que se cumpla el contrato. Sin embargo, el ilustre jurisconsulto caía en un error evidente al sostener esta teoría. Sólo actuando en un negocio *objetivamente ajeno* se puede obligar el que tal hace como gestor; pero quien contrata a favor de tercero no *gestiona* en realidad, y por eso sólo, un negocio *objetivamente ajeno*; ni lo gestiona subjetivamente si contrata —como aquí se presupone— *nomine proprio*. Otros autores llegan a igual resultado por distinto camino, no menos falaz: *nemo tam demens est* —han dicho— *ut alteri stipuletur nisi id suo quoque interesse existimet*. Pero tampoco esta justificación sirve. ¿O es que, quizás, deba tutelar el Derecho todo y cualquier interés de los contratantes, verdadero o fingido? El querer deducir la existencia de un interés por parte del estipulante del hecho de la estipulación, además de encerrar en un círculo vicioso, llevaría a este resultado absurdo: que toda y cualquiera convención debería ser considerada como fundada sobre un interés suficiente por el hecho mismo de haber sido pactada. Lo cual significaría la supresión del requisito del interés en el sistema de las obligaciones.

Y aun hay otros autores que, sin llegar tan lejos, han sostenido que todo contrato a favor de tercero debe ser considerado, sólo por eso, como válido entre las partes, porque determinado por un elevado sentimiento de altruísmo, *hominum enim interest alterum hominem beneficio officii*. Pero esta teoría peca también de una gran indeterminación y se resuelve, si bien se mira, en una petición de principio. Que interese al hombre, o deba interesarle, el beneficiar a sus semejantes es un principio áureo aceptable hoy sin la menor duda; pero ese principio moral no resuelve en modo alguno nuestro problema, ya que es archisabido que no todo interés, por el sólo hecho de serlo, está reconocido y tutelado por el Derecho.

Sin embargo, cuando se niegue que el contrato a favor de tercero deba ser considerado siempre como válido entre las partes, se impone la determinación de un criterio en virtud del cual sea posible decidir cuándo debe ser considerado como tal y cuándo no. En este orden de cosas luchan dos teorías: una exige que el estipulante tenga un in-

terés patrimonial en el cumplimiento de la prestación a favor del tercero; la otra se contenta con un interés considerado, al menos socialmente, como digno de protección, aunque no sea patrimonial, esto es, valuable exactamente en dinero. Esta disparidad de opiniones, en relación con el contrato a favor de tercero, no es sino, el reflejo de un debate más amplio y general sobre la teoría del interés en relación con las obligaciones nacidas de un contrato. De propósito, pues, me abstengo de entrar ahora en esta discusión, y me limito a indicar los principios y a tomar partido en un sentido determinado.

Creo que sólo un interés patrimonial puede ser considerado como base suficiente para que nazca una obligación. Esta opinión no está fundada solamente en los principios relativos al campo de las obligaciones *ex contractu*, como ha demostrado atinadamente HELLWIG (2), sino que es también la única justificable, tanto en la teoría como en la práctica. La incertidumbre que surgiría de aceptar la tesis opuesta, las arbitrariedades, las inconsecuencias y los absurdos a los que se abriría la puerta, han sido ya suficientemente expuestos (3). Ahora bien, estos inconvenientes se harían sentir doblemente en el campo de los contratos a favor de tercero cuando se quisiera aceptar la teoría según la que un simple interés, no patrimonial, sino de simple afección, por ejemplo, es por sí mismo suficiente para obligar al promitente para con el estipulante. Esto obligaría al Juez a medir y valorar el interés que una persona tiene, o puede tener, en interés de otra persona, tarea más que ardua, desesperada. Con mucha razón, pues, la doctrina francesa y la italiana se han atendido, en general, al requisito del interés patrimonial. Esta teoría adquiere así tanta precisión, certeza y eficacia como, sólo en apariencia, pierde en extensión. En realidad, viene a armonizar con las auténticas necesidades que la institución jurídica atiende en la vida práctica.

Todavía parece a algunos que esta solución del problema es demasiado rígida y egoísta. Y así, ha sido juzgada como un injusto freno a aquellos estímulos altruistas que se creen más fuertes hoy que en épo-

---

(2) Cfr. WINDSCHEID-KIPP, *Pandekten*, § 250, núm. 3, y § 314, núm. 8. Y especialmente HELLWIG, *Ueber die Grenzen der Vertragsmöglichkeit*. En el «Archiv. für die civ. Praxis», vol. 86 (N. 7, 36), 1896, págs. 223-248; y del mismo autor, *Die Verträge auf Leistung an Dritten*, pág. 54 y sigs.

(3) HELLWIG, ob. cit., págs. 245 y sigs.; PERNICE, *Labeo*, III, pág. 185, núm. 1.

cas pasadas, y que, de todos modos, merecen ser alentados, tanto por la doctrina como por la legislación. Pero estos juicios, y otros parecidos, sólo son el efecto de un análisis superficial de las relaciones tal cual se desenvuelven en la vida. Y en realidad, además, cuando el contrato a favor de tercero fuese, en principio declarado válidos entre las partes, ¿qué ventaja obtendría ese altruísmo que se quiere favorecer? Se vendría a asegurar al estipulante una cierta compensación, variable según el humor del Juez, por la prestación no cumplida en favor del tercero, sin tener garantía alguna de que esta compensación fuese entregada después por el mismo estipulante al tercero (4). Ahora bien: se comprende cómo la ley, en ciertos casos, puede y debe atribuir al tercero el derecho a obrar contra el promitente, pero no se comprendería igualmente qué ventaja había en que pudiese o debiese conceder siempre la acción al estipulante. Es verdad que el contrato a favor de tercero no puede ser condenado *a priori*, antes al contrario, en principio más bien debe ser favorecido y apoyado; pero esto ya había sido atendido por el Derecho justiniano, y no hay motivo para cambiar de dirección en el Derecho moderno.

La institución de la pena convencional, aplicada al contrato a favor de tercero, es el instrumento que el ordenamiento jurídico pone en la mano a cualquiera que intente, real y seriamente, contratar a favor de tercero por puro sentimiento altruísta (5). La pena convencional logra, o al menos en la mayoría de los casos puede lograr, *de hecho*, el hacer eficaz la intención altruísta del estipulante. Bastará que éste fije la pena convencional en una suma cuyo pago por el promitente represente un esfuerzo mayor que el representado por el cumplimiento de la

---

(4) KOHLER, en su *XII Studien*, publicado en el «Archiv. für bürg. Recht XII», páginas 27-28, sostiene que el estipulante debe dar caución al promitente de entregar al tercero la suma pagada por éste como resarcimiento por no haber cumplido la prestación al tercero, y se apoya para sostener esta tesis en el frg. 19 del Digesto, de leg. III.

VALENS, libro quinto *fideicommissorum*:

*Si tibi legatum est vel fideicommissum relictum, uti quid facias, etiam si non interest heredi id fieri negandum tibi actionem, si non caveas heredi futurum, quod defunctus voluit, Nerva et Atilicinus recte putaverunt.*

No me parece, en realidad, que la analogía valga; en el caso tratado en ese fragmento, la *cautio* es exigida para defensa de la voluntad del testador.

(5) Véase LAMBERT, ob. cit., págs. 34-36.

prestación convenida a favor del tercero. Con esto el resultado está asegurado.

Tal modo de considerar la pena convencional logra también disipar algunas dudas teóricas a las que precisamente no ha sabido sustraerse la ciencia jurídica. Se ha querido considerar la pena convencional como accesorio del contrato a favor de tercero, y se ha quedado así prendido en un dilema. Si el contrato a favor de tercero —se ha dicho— es nulo, nula debe ser también la pena convencional que le es accesoria; si, por el contrario, la pena es válida, significa que también lo es el contrato mismo. Sustraerse a este dilema, romper el círculo aparentemente sin salida en que esa posición pone al jurista, es hoy tarea fácil. La *stipulatio poenae* no debe ser considerada como algo accesorio al contrato a favor de terceros; al contrario, tiene una existencia propia, autónoma y concomitante. Ello es que el contrato a favor de tercero, aun siendo nulo, no lo es porque sea ilícito; al contrario, la finalidad a que se tiende con él no puede menos de ser considerada con simpatía y benevolencia por el derecho objetivo. La *stipulatio poenae* dirigida a obtener, siquiera sea indirectamente, el fin a que tiende el contrato a favor del tercero, es por tanto, en sí misma, válida; en realidad, sólo es una *estipulatio certi* sometida a la condición potestativa negativa de no ser cumplida la prestación pactada, si bien inútilmente, en favor del tercero.

El contrato a favor de tercero, pues, al faltar un interés patrimonial del estipulante, es nulo, y así queda, aunque vaya acompañada de una *stipulatio poenae*; pero esta *stipulatio*, que se llama de esta manera sólo en sentido vulgar, es válida por sí misma, porque no se dirige a un fin ilícito. De ella se ha dicho que crea artificialmente el interés del estipulante, o que lo estima y valora; pero estas frases deben entenderse *cum grano salis*. Son verdaderas si se consideran las relaciones desde el punto de vista económico, y *de hecho*, y no lo son desde el punto de vista *jurídico*. Nos encontramos frente a un procedimiento indirecto para obtener un resultado que no se puede obtener directamente. Esta era la teoría romana, y apenas puede haber la menor duda, a pesar de las afirmaciones en contrario de escritores modernos, sobre que no sea también la teoría del Código civil italiano.



## § 2.º LA POSICIÓN JURÍDICA DEL PROMITENTE Y DEL TERCERO

La hipótesis de que me he ocupado en el párrafo anterior, según la cual el contrato a favor de tercero es válido entre las partes contratantes solamente, debe ser estudiada desde otro punto de vista: esto es, desde el punto de vista de la posición jurídica del promitente y del tercero.

En cuanto se refiere al promitente, el primer problema que se presenta es si está *obligado*, o si más bien está *autorizado*, simplemente, a cumplir la prestación al tercero. HELLWIG ha sometido este problema a un profundo análisis y ha destacado todas las interpretaciones posibles de que es susceptible un contrato a favor de tercero que no dé origen a un derecho propio del mismo tercero (6). Pero las fundamentales pueden reducirse a dos, que ya hemos formulado al plantear el problema: o el promitente ha obtenido simplemente la *facultad* de cumplir en favor del tercero, cuando le plazca y convenga, o, por el contrario, *se ha comprometido* a cumplir en favor de aquél, bien de modo absoluto, bien, por lo menos, a petición del estipulante. Para decidir cuál de estas dos interpretaciones debe adoptarse en cada caso particular, es preciso ver a requerimiento y en interés de cuál de ambas partes ha sido incluida la cláusula de la prestación al tercero. Si ha sido en interés y a petición del promitente, podrá admitirse, como norma, que tal cláusula le atribuya una *facultad*, y que pueda liberarse de tal obligación cumpliendo aquella prestación, bien al mismo estipulante, bien al tercero. Si, por el contrario, el interesado y petionario es el estipulante, el promitente estará obligado, como norma, a cumplir la prestación directamente al mismo tercero. Así, por ejemplo: si el deudor de una suma hubiera obtenido de su acreedor la facultad de poder pagar los intereses debidos a tercera persona residente en el mismo lugar que el deudor, deberá admitirse que con eso no se ha cerrado el camino para pagar válidamente al mismo acreedor directamente. Y viceversa: si el adquirente de un lote de mercancías hubiera estipulado la consignación de las mismas a un tercero, o se hubiera reservado el derecho de hacerla consignar por el vendedor a per-

---

(6) Véase HELLWIG, ob. cit., págs. 72 y sigs.

sona y lugar determinados, habrá de admitirse que el promitente (aquí el vendedor), estará obligado de modo absoluto a realizar lo convenido directamente al tercero señalado, tanto más cuando resulte que el fin perseguido con aquella cláusula era evitar los gastos de un doble transporte, u otro análogo (7).

¿Podrá el promitente, si es demandado por el estipulante, oponerle en compensación un crédito que tenga contra el tercero? La respuesta tiene que ser negativa, por la simple razón de que el tercero no es acreedor del estipulante y, por tanto, no es éste un caso de compensación de créditos y deudas entre las mismas personas. Pero, ¿qué se resolverá en caso de créditos del promitente contra el estipulante? Podría parecer que estos créditos, por la misma razón en cuya virtud negábamos en el caso anterior la compensación, debían poder ser objeto de compensación en éste, ya que se trata de créditos contra el acreedor, pero por la misma naturaleza del contrato puede opinarse y creerse que tal compensación ha sido excluida contractualmente, y, por tanto, que sólo se puede admitir cuando el estipulante, acreedor, lo consienta.

Aún surge otra duda sobre este punto del cumplimiento y ejecución de la prestación. ¿Podrá el estipulante, una vez obtenida la condena del promitente, exigir que la prestación se cumpla directamente al tercero? Esta cuestión ha sido discutida entre los procesalistas alemanes. En principio, nada obsta a la solución afirmativa. Y lo mismo puede decirse respecto a otro problema interesante relativo al caso en que el promitente haya sido declarado en quiebra. En este caso, ¿a quién debe pagarse: al estipulante o al tercero? El estipulante es, indudablemente, el acreedor; pero si se admite que éste puede pedir y obtener el cumplimiento a favor del tercero, no se puede dudar en admitir también que el pago de la participación en la quiebra pueda; e incluso deba, hacerse a favor del tercero, salvo disposición contraria del estipulante (8).

Sólo falta ver ahora cuál es la posición jurídica del tercero, al que el promitente debe o puede cumplir la prestación convenida con el estipulante. Si se observa que el tercero no puede exigir sino que sólo es persona a la que el promitente puede válidamente cumplir lo prometido, surge espontáneamente el considerarlo como un *adiectus solu-*

---

(7) Véase HELLWIG, ob. cit., pág. 75, nota.

(8) Cfr. HELLWIG, ob. cit.

*tionis causa*. Pero inmediatamente surge una pregunta: ¿cuál es la verdadera figura jurídica del *adiectus solutionis causa*? La doctrina romanista no está de acuerdo al contestar a esta pregunta. Los más eminentes pandectistas niegan que sea un representante del acreedor (9). Pero LENEL (10) y HELLWIG (11), que le sigue, han refutado plenamente esta doctrina al demostrar cómo el *adiectus* puede ser considerado como un representante del acreedor en el acto de recibir el pago (12). Y en mi opinión, ésta es la doctrina que debe aceptarse también respecto a la ley italiana.

---

(9) Véase VANGEROW, *Pandekten*, III, 582; WINDSCHEID, *Pandekten*, 343, número 348.

(10) En el «Jahrbücher für die Dogmatik», vol. 36, págs. 61, 113 y sigs.; EHRENZWEIG, ob. cit., pág. 27, núm. 26.

(11) HELLWIG, ob. cit., págs. 92 y sigs.

(12) Del hecho de considerar al tercero como representante del acreedor, en el sentido expuesto en el texto, se deducen luego diversas consecuencias jurídicas: a), deberá, ante todo, gozar de capacidad para recibir el pago. El deudor no quedará, pues, liberado frente al acreedor cuando haya pagado al tercero que sea demente, por ejemplo; a menos que el acreedor no lo haya autorizado, considerando el hecho del pago o consigna de la cosa debida hecha al demente como equivalente a la consignación o entrega hecha en su propia mano; b), el tercero sólo podrá recibir, en general, el pago; pero nada se opone a que el acreedor le conceda más amplios poderes. Tal es el caso en que el tercero sea representante *in rem suam*; entonces podrá recibir sólo aquella prestación que, según el contrato, deba ser hecha, y no otras equivalentes o sustitutivas de la misma, ni otra que en su lugar se haya hecho prometer, eventualmente, el acreedor. Si el objeto de la obligación está fijado alternativamente, *mihī centum aut Titio servum Stichum*, es preciso ver si se ha querido establecer una obligación con *facultas alternativa* (lo que según el concepto romano de la *adiectio*, debe admitirse en principio); c), en cuanto a la *mora*, es preciso distinguir entre la del deudor y la del acreedor. En cuanto a la primera, el deudor sólo puede caer en ella mediante *interpellatio* del acreedor y nunca del tercero. (No me convence la distinción que hace HELLWIG, ob. cit., pág. 110.) En cuanto a la del acreedor, es válido el principio de que la *mora del adiectus* equivale a la del acreedor. En fin, del hecho de considerar al tercero como representante del acreedor en el acto de recibir el pago, depende la aplicación al mismo de los principios relativos a la revocación de la autorización representativa, y más particularmente, de las causas ordinarias y extraordinarias de revocación y de los efectos de la misma, tanto entre representante y representado como frente al deudor.

## II

## Las excepciones

## § 1.º GENERALIDADES

Mientras el art. 1.128 del Código civil italiano reproduce exactamente los arts. 1.119 y 1.121 del francés, el art. 1.130 del primero aporta una modificación importantísima al 1.165 del segundo, que consiste en admitir otras excepciones, además de las establecidas en el art. 1.128 del Código italiano. De ello se sigue que en Derecho italiano se pueden admitir dos categorías de excepciones: la primera, constituida por los casos tenidos en cuenta por el art. 1.128 (correspondiente al 1.121 del francés), sometidos a los requisitos allí indicados, y la segunda, constituida por otros casos posibles reconocidos en leyes especiales o por la costumbre, en especial la mercantil, y eventualmente no sometidos a aquellos requisitos.

El art. 1.130 del Código italiano, constituye, pues, por así decir, una válvula de seguridad contra el principio de la nulidad de los contratos a favor de tercero. Tal artículo admite que hay ya, o puede haber más adelante, reconocidos como *válidos* determinados contratos a favor de tercero, y los considera como otras tantas excepciones al principio de la nulidad que mantiene con rigidez. Con esa medida y disposición, de propósito o no, ha previsto el legislador italiano el porvenir, y ha canalizado las nuevas energías en la dirección justa. No es fácil comprender, pues, cómo la doctrina italiana ha podido seguir, pedestremente, a la francesa, o cómo, lo que es peor, ha podido ir del brazo con la germánica en sus tentativas de abolir el principio de la nulidad.

Ya hemos visto, en efecto, cómo los civilistas franceses pueden tener excusa por haber querido violentar su art. 1.119, dados los términos en que está concebido el art. 1.165 de su Código; y también hemos visto cómo los civilistas germánicos, en su tendencia a generalizar y en el deseo de emanciparse de la tradición romana, tienen dos buenas atenuantes, en sus tentativas de proclamar la validez de todo contrato a favor de tercero, en ausencia de principios fijos en esta materia. Pero para los civilistas italianos ni existe aquel estado de ne-

cesidad que se presenta ante los franceses, dada la nueva redacción del artículo 1.130, ni tienen aquella libertad de acción de que podrían echar mano los escritores de Derecho común. Por tanto, dado este nuevo rumbo señalado precisamente por el art. 1.130, y dadas las nuevas disposiciones legales, contenidas en el Código de Comercio, en materia de seguros y de transportes, no debían los autores italianos haberse inclinado, siguiendo a la doctrina alemana, a suprimir el art. 1.128 del Código civil italiano, sino antes bien, sentirse inclinados hacia un trabajo de reconstrucción de los contratos especiales a favor de tercero. Por el contrario, oscilando entre opuestas influencias extrañas a su legislación perdieron el camino que el legislador patrio les había claramente indicado; camino que intento abrir yo estudiando separadamente las dos categorías de excepciones arriba indicadas. Me ocuparé, pues, primero, de los dos casos que tiene en cuenta el art. 1.128 del Código civil italiano, reservando para la Cuarta Parte de esta obra el examen particular de los contratos a favor de tercero, *típicos*, reconocidos y regulados por leyes propias especiales, o discutidos en el campo de la ciencia jurídica.

§ 2.º DE LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO, CONDICIÓN  
DE UNA DONACIÓN DEL ESTIPULANTE AL PROMITENTE

El origen de este caso es bien conocido. Se encuentra y remonta a la Const. 3 del Código: *de donatio quae sub modo* (VIII, 54), que he comentado ampliamente en su lugar, y según la cual el tercero en cuyo favor se hubiera impuesto el *modus* en la donación adquiriría una acción contra el donatario independientemente de toda otra condición (13). Así entendían también este caso, generalmente, los tratadistas de Derecho común, quienes justificaban la excepción que esto suponía al principio de la nulidad de todo contrato a favor de tercero con simples consideraciones de oportunidad, poniendo de relieve cuán inicuo habría sido permitir al donatario enriquecerse a expensas del donante, más allá de los límites fijados por él voluntariamente. No puede, pues, causar extrañeza que este caso haya sido admitido en el Código civil francés, y que de él haya pasado al italiano. Lo que puede

---

(13) Véase antes, pág. 53 y siguientes de esta obra.

sorprender, y que salta a la vista de todos modos, es más bien que los compiladores franceses hayan sometido esta excepción a la condición de que el tercero haya declarado su voluntad de querer aprovecharse de tal estipulación, puesto que con ello se limita y restringe la forma tradicional de tratar este caso (14).

Pero, sea como quiera, lo cierto es que según la expresa disposición de los Códigos francés e italiano, el tercero no adquiere el derecho a exigir la prestación del *modus*, sino en tanto cuanto *haya declarado su voluntad de aprovecharse*. Sólo aceptando también en Derecho italiano la teoría de la validez, en principio, de todo contrato a favor de tercero, independientemente de su declaración de querer aprovecharse de él, se puede llegar a sostener que el derecho del tercero surge directamente en virtud del contrato de donación al que ha permanecido extraño. Pero ya he refutado esta teoría y debemos, por tanto, rechazar también su aplicación al caso presente (15).

### § 3.º DE LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO, CONDICIÓN DE UNA ESTIPULACIÓN PARA UNO MISMO

Ya hemos tenido ocasión de destacar cómo ha dado lugar este caso a graves dificultades entre los intérpretes. El art. 1.128 declara válida la estipulación hecha a favor del tercero cuando constituya una *condición* de la estipulación hecha por el estipulante *para sí mismo*. Pero ¿qué debe entenderse aquí por *condición*?

Tres son las doctrinas escogidas para dar respuesta adecuada a esta pregunta.

La primera atribuye a la palabra *condición* su propio significado

---

(14) Véase a este propósito: LAMBERT, ob. cit., pág. 75 y sigs., quien, sin embargo, se equivoca al deducir de este modo de tratar el caso examinado la antigua doctrina francesa un argumento en apoyo de que ya en el derecho anterior fuese admitida la validez del contrato a favor de tercero. Si este argumento fuese válido, se podía sostener con parecida razón el principio de esa validez en el derecho romano, en virtud sólo de la C. 3 del Código, citada.

(15) Véase TARTUFARI, ob. cit., pág. 322, y jurisprudencia allí citada; ASCOLI, *Della donazione*, pág. 294 y sigs.; CHAMPEAU, ob. cit., pág. 274 y sigs.; BAUDRY-LACANTINIERIE-COLIN, *Donation*, tomo I, núms. 342-356.

técnico, esto es, de un acontecimiento futuro e incierto, del cual se hace depender la eficacia de un negocio jurídico. La estipulación a favor de tercero sería válida, por tanto, cuando constituyese la condición de una estipulación concluida en favor propio. Por ejemplo: Ticio estipula que Cayo le pagará 100 en caso de que no cumpla éste una determinada prestación convenida en favor de Sempronio.

En apoyo de esta interpretación se invoca la autoridad de POTHIER, del que he tomado el ejemplo citado antes (16); pero a pesar de su autoridad no puede admitirse. Dado que el legislador haya querido reconocer en el art. 1.128 la validez jurídica de un contrato a favor de tercero (y de esto no se puede dudar), no puede haber tenido presente el caso indicado. En este caso, si bien se mira, sólo en apariencia se trata de un contrato a favor de tercero: en sustancia, se trata de un expediente indirecto mediante el cual el estipulante intenta asegurar, de hecho, la ejecución de una prestación al tercero (17). Aparte de que se ha objetado a esa suposición, justamente, que con tal interpretación se llega a tener que admitir que el legislador ha usado en el mismo artículo la palabra *condición* en dos sentidos distintos. Nadie querrá, en efecto, sostener que cuando se hace referencia a la donación la palabra *condición* del art. 1.128 tenga el significado técnico de *Conditio* (18).

La segunda doctrina atribuye a la palabra *condición* el significado de cláusula o pacto accesorio, con el cual el estipulante se hace prometer por el promitente la ejecución en manos de un tercero de toda o de parte de la prestación estipulada en provecho propio. Se trataría simplemente de modificar la dirección de una obligación nacida regularmente en favor del estipulante, haciéndola converger sobre el tercero (19). Tampoco es aceptable esta interpretación. Ante todo: atribuye a la palabra *condición* un significado que no es el suyo natural; más aún: violenta el significado total del art. 1.128 del Código civil. En efecto: es evidente en este artículo la contraposición entre el contratar en provecho propio y en provecho ajeno. En principio —dice

---

(16) Cfr. CHAMPEAU, ob. cit., pág. 78.

(17) Véase antes págs. 168-169 de esta obra, y cfr. HELLWIG, ob. cit., págs. 72-73.

(18) Véase CHAMPEAU, ob. cit., pág. 78, y BAUDRY-LACANTINERIE-BARDE, *Oblig.* I. págs. 192 y sigs.

(19) Cfr. HELLWIG, ob. cit., págs. 45-48.

la ley— no se puede contratar en provecho ajeno en nombre propio; sólo excepcionalmente se permite eso, en cuanto la estipulación a favor del tercero sea condición de una estipulación concluída por el estipulante en provecho propio. El razonamiento del legislador ha sido éste: para que haya una estipulación válida a favor del tercero es preciso que haya *una estipulación distinta y válida a favor del estipulante*. A esta conclusión conduce también, necesariamente, el paralelismo que en el texto legal se establece entre el caso en cuestión y el de la *donatio sub modo*; y es un juego de palabras, más que una seria argumentación, aquel a que han recurrido algunos autores para forzar el sentido natural de la ley, al decir que también estipula en provecho propio (*para sí mismo*) quien estipula en provecho exclusivo del tercero, o sea que estipula a favor de tercero también aquel que se obliga (esto es, contrata) para que se cumpla una prestación a favor del tercero (20). Considerada, pues, en su resultado final esta interpretación, está expuesta a una crítica contraria a la precedente. En efecto: aquella quita a los casos tenidos en cuenta en el art. 1.128 el carácter de excepción al principio de la nulidad de los contratos a favor de tercero, y ésta, por el contrario, aumenta estas excepciones hasta el extremo de convertir en ilusorio el mismo principio. Resultaría aprobada por el artículo 1.128 del Código civil la doctrina que declara válidos todos aquellos contratos a favor de tercero en que la causa de la obligación del promitente a favor del tercero esté fundada sobre una prestación realizada por el estipulante al promitente (21).

Sólo queda, pues, el atribuir a la palabra *condición* el significado de modalidad o cláusula accesoría, esto es, el mismo significado que tiene indudablemente en el caso de *donatio sub modo*.

La estipulación a favor de un tercero es válida sólo en cuanto constituya un accesorio de un contrato que el estipulante concluye en provecho propio. No se puede negar, sin embargo, que también esta interpretación está expuesta a graves críticas. Se ha dicho, en efecto: ¿por qué la estipulación a favor de tercero deberá ser válida cuando vaya unida, como *accesoria*, a una estipulación a favor del mismo estipulante, y no ha de serlo también en todos los demás casos? No es fácil encontrar lógicamente una razón plausible de esa limitación. Y

---

(20) Véase CHAMPEAU, ob. cit., y BAUDRY-LANCANTINERIE y BARDE, *Oblig.*, I, I c.

(21) Cfr. HELLWIG, ob. cit., y CHAMPEAU, ob. cit., pág. 98.



aun se dice, además: ¿cómo podrá decidirse en la práctica si la estipulación a favor del tercero tiene, o no, carácter accesorio? Es indudable que en muchos casos esta determinación deberá quedar abandonada al arbitrio del Juez.

Estas críticas no dañan la interpretación dada a la palabra *condición*, sino la reconstrucción del pensamiento legislativo que de ella resulta. Ahora bien: estoy de acuerdo con ellas en cuanto ponen en evidencia que los legisladores francés e italiano no han tenido una visión precisa de la verdadera extensión e importancia de la excepción introducida por ellos. Pero me parece que se exagera, evidentemente, cuando de esa comprobación se saca un argumento para sustituir la solución dada por el legislador por otra completamente diversa, que fué ciertamente ajena a su pensamiento, y que es también, por lo menos, bastante discutible *de lege ferenda*. El determinar si una estipulación a favor de tercero puede, o no, ser considerada como *condición*, esto es, como modalidad o cláusula accesorio de otra estipulación contratada por el estipulante en su propio provecho, podrá dar lugar a dificultades en algunos casos, y poner al Juez en grave embarazo; pero esto no impide que la restricción aplicada a la excepcional validez del contrato a favor del tercero sea, en el campo de los principios, comprensible y practicable.

Me parece, pues, que se pueden y se deben distinguir dos categorías de casos en la esfera de esta excepción legislativa: o la prestación estipulada en favor del tercero es parte de la estipulada en favor del mismo estipulante; como ocurre si en el caso de dar en arriendo un fundo estipulo un alquiler de 1.000 a mi favor y la prestación, o entrega, de una parte de los frutos a favor de un hijo mío que habita en el mismo, en cuyo caso el estipulante no hace otra cosa que dirigir hacia el tercero una parte de la prestación que se le debe a él; o bien, la prestación estipulada a favor del tercero no es sino un algo accesorio del contrato concluído por el estipulante en su provecho propio, sin que pueda ser considerado, sin embargo, como parte de la prestación que se le debe; como, por ejemplo, si al vender un fundo estipulo que se conceda al arrendatario un plazo más largo del que le corresponda por la ley o la costumbre, si así lo pide; o si al vender mis cuadras me hiciera prometer, además del precio, ciertas condiciones a favor del personal a su servicio respecto al que ya no tenga obligación alguna; y así en otros casos semejantes. En estos casos, y otros parecidos, nos encontra-

mos frente a estipulaciones a favor de terceros, que son *condiciones* de un contrato que realiza el estipulante en su propio interés (para sí), y por tanto, frente a estipulaciones válidas a favor de tercero, si bien la prestación a favor de éste no pueda ser considerada, naturalmente, como parte de la prestación debida al estipulante.

§ 4.º DE LA DECLARACIÓN DEL TERCERO DE QUERER APROVECHARSE  
DE LA ESTIPULACIÓN CONTRATADA EN FAVOR SUYO

Hemos estudiado hasta este punto las dos excepciones al principio de la nulidad reconocidas por el art. 1.128 del Código civil italiano, con el fin de precisar la respectiva esfera de aplicación y prescindiendo de la declaración del tercero sobre si quiere aprovecharse de la estipulación realizada en favor suyo. Y ahora debemos detener la atención sobre este último elemento que nos permitirá, una vez determinado, decidir más fácilmente sobre si las excepciones contenidas en el artículo 1.128 citado son tales en el sentido de la doctrina moderna sobre los contratos a favor de tercero.

El primer problema, de índole prejudicial, que se presenta en relación con este elemento es el siguiente: ¿constituye la declaración del tercero a que se refiere el art. 1.128, un requisito para la adquisición del derecho por el tercero, o se refiere, por el contrario, solamente a la revocabilidad por parte del estipulante? Los escritores que tienden a eliminar de nuestro Código civil el principio de la nulidad de los contratos a favor de tercero, propenden a aceptar la segunda de esas opiniones (22). El tercero —dicen— adquiere su derecho en virtud del contrato celebrado en su favor, sin necesidad de acto alguno por su parte de aceptación, adhesión, accesión, ocupación o como quiera llamársele (véase la pág. 107 de esta obra). La declaración del tercero de querer aprovecharse de la estipulación establecida en su favor *no es constitutiva* de su derecho, que existe independientemente de ella, sino todo lo más *confirmativa* del mismo. «*Es, simplemente, la renuncia al derecho de renunciar*». No se diga —se prosigue diciendo— que es raro

---

(22) Tal es la opinión de LAMBERT, ob. cit., págs. 82-84, y de BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE. *Oblig.*, I, págs. 154 y 171, y BALLEYDIER y H. CAPITANT, en *Livre du Centenaire*, pág. 543.

el atribuir al tercero un derecho sin su conocimiento; no faltan los ejemplos análogos. ¿No adquieren, quizás, el heredero y el beneficiario de una disposición *mortis causa* un derecho propio y transmisible antes de toda aceptación por su parte? La verdad es —dicen— que nada impide aquí el admitir que el derecho del tercero surja directamente *en virtud del contrato*, y que nada hay que obligue a interpretar el art. 1.128 en el sentido de que exija la declaración del tercero como requisito para el nacimiento de su derecho. Que si es verdad que en el art. 1.130 se sanciona el principio de *res inter alios acta alteri nec nocet nec prodest*, también es verdad que el mismo artículo admite excepciones, y así alude a los casos a que se refiere el art. 1.128. En fin: no puede invocarse, según estos autores, el derecho a revocar de que goza el estipulante, para negar el derecho del tercero. CHAMPEAU escribe así (23): «Nos limitaremos a responder que sólo el estipulante tiene, en principio, el derecho a revocar; la obligación del promitente es, por tanto, definitiva desde el momento de la conclusión del contrato; no depende en modo alguno de él el sustraerse a ella, y su obligación escapa, por tanto, a la nulidad establecida por el art. 1.174 (correspondiente al 1.162 del Código italiano), que dispone que toda obligación es nula «cuando ha sido establecida bajo condición potestativa por parte de quien se obliga». Ello es que en nuestro caso se tiene una obligación bajo condición potestativa hasta el momento de la aceptación del tercero; pero el que se cumpla la condición *depende de la voluntad del estipulante* y no de la voluntad de aquel que se obliga, o sea *el promitente*.»

Aunque persuasivos a primera vista, estos argumentos no resisten una crítica seria. Se ha observado, justamente, ante todo, que la eliminación de la declaración del tercero del número de los elementos o requisitos constitutivos del derecho del tercero tiene en contra suya importantes precedentes doctrinales y legislativos en los arts. 1.121 y 1.165 del Código francés, y los 1.128 y 1.130 del italiano. Ni se refuerza la argumentación con observar que no debe parecer extraño ni raro el admitir, como lo hace la doctrina que se combate, que un derecho nazca en una persona sin saberlo ésta. Nadie ha pensado seriamente

---

(23) Ob. cit., pág. 101. Cfr. TARTUFARI, ob. cit., págs. 316-317, y NAVARRINI, *Assicurazione*, pág. 29.

en sostener esa tesis. Pero una cosa es el reconocer que una determinada situación no sea extraña, y otra el pretender elevarla a la categoría de regla, contra el testimonio de leyes que podrán parecer y ser criticables, pero que son explícitas, sin embargo. Es, pues, ciertamente incorrecto y erróneo el querer argumentar por analogía con la herencia y los legados, que son disposiciones de última voluntad por causa de muerte, cuando, como en este caso, se trata de los contratos; es un error parecido, aunque a la inversa, el que han sufrido algunos escritores que se han esforzado y cansado en llevar el testamento a la categoría general del contrato. En realidad, el testamento es testamento, y el contrato, contrato. Las reglas que valen para aquél no se pueden aplicar, sin más, a éste, y viceversa; y, por tanto, del hecho de que el derecho del heredero y del legatario exista independientemente de su aceptación no se puede deducir ningún argumento firme para sostener que también el derecho del tercero surja independientemente de su declaración de querer aprovecharse del contrato. Nunca se repetirá bastante; la posibilidad lógica no es siempre, y necesariamente, una realidad práctica, y es defectuosa la argumentación que pasa de aquélla a ésta.

Además de otras consideraciones sobre los precedentes históricos y legislativos, me parecen decisivos a favor de la tesis que cree ser elemento constitutivo del derecho del tercero su propia declaración, las siguientes: el art. 1.119 del Código francés, de igual modo que el 1.128 del italiano, no tenía presentes los casos típicos de contratos a favor de tercero para los que —por razón de conveniencia práctica—, fuese necesario hacer surgir el derecho del tercero independientemente de toda decisión suya, puesto que, en sustancia, ni aun la *donatio sub modo* a favor de tercero puede ser considerada tal. Esta necesidad de hacer surgir el derecho del tercero independientemente de un acto suyo de adhesión, sólo se advirtió hacia la mitad del siglo XIX, especialmente en los seguros a favor de tercero. No es, pues, verosímil atribuir al legislador francés e italiano la intención de hacer surgir el derecho del tercero del modo que es exigido y practicado sólo en ciertos casos especiales, que aquéllos no pudieron tener en cuenta por no existir aún en su tiempo.

Pero aun hay más: que sea útil, oportuno y hasta necesario, en casos determinados, hacer surgir el derecho del tercero independientemente de toda adhesión por su parte, no quiere decir que eso sea útil, oportuno y necesario *en todos los casos*. El legislador no debe proceder

por generalizaciones apresuradas. De ello tenemos una confirmación en las más recientes leyes y proyectos de ley sobre esta materia. El Código civil japonés, por ejemplo, aun admitiendo, en principio, la validez de todo contrato a favor de tercero, ha corregido, sin embargo, en este punto al Código alemán en el que tanto se ha inspirado, al establecer que «*el derecho del tercero surge en el momento en que este manifiesta al deudor su intención de recoger el provecho del contrato*». Y no se puede negar que tiene, ciertamente, un gran sentido esta disposición, puesto que no hay, verdaderamente, necesidad alguna de hacer surgir derechos, esencialmente revocables, a favor de persona que nada sabe y que no se ha pronunciado acerca de ellos. También el proyecto de revisión del Código austríaco y el proyecto de Código civil húngaro han sentido la necesidad de hacer depender el derecho del tercero, si no de su adhesión, al menos de la notificación que se le haga del contrato hecho a su favor. Solución que ha sido también la acogida en el Código civil japonés.

Por tanto, creo que para que nazca el derecho del tercero en los casos en que la ley italiana admite su nacimiento, es precisa la declaración, hecha por el mismo tercero, de quererse aprovechar del contrato celebrado en su favor (24).

#### § 5.º VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN DEL TERCERO

Una vez admitido que la declaración del tercero sea necesaria según el art. 1.128, es obligado determinar con mayor precisión su verdadera esencia jurídica. También sobre este delicado problemá hay una profunda divergencia de opiniones, tanto en el terreno de la teoría como en el de la interpretación del derecho positivo italiano.

Los escritores que sostienen que los contratos a favor de tercero son válidos, ciertamente, pero sólo en cuanto contengan una oferta contractual al tercero, deducen de ello, lógicamente, que la declaración del tercero sólo puede ser *la aceptación de aquella oferta* (25). Se tra-

(24) Cfr. NAVARRINI, ob. cit., pág. 24, nota, y pág. 28.

(25) Véase especialmente MANENTI, en la «Rivista di diritto civile», año I, páginas 297 y sigs.

ta en estos casos de una deducción sacada rectamente de una premisa falsa, y como ya hemos refutado esa falsa premisa, no es preciso refutar ahora su deducción y demostrar que es insostenible (26). Pero del hecho de demostrar que la declaración del tercero (de querer aprovechar la estipulación celebrada en favor suyo) no puede ser considerada jurídicamente como aceptación de una oferta contractual, no se deduce en modo alguno que no pueda y no deba ser estimada de otro modo, y que se deba caer, necesariamente, en el extremo opuesto, que consiste en sostener que tal declaración no crea, ni contribuye a crear, el derecho del tercero, y que sólo sirve para confirmarlo y convertirlo en irrevocable para el estipulante. Esta segunda teoría ha sido sostenida, en parte, con argumentos históricos, y en parte, con otros de derecho comparado, por LAMBERT en su genial, pero, en mi opinión, no lograda tentativa de restablecer la continuación del desenvolvimiento histórico del Derecho francés en materia de contratos a favor de tercero, demostrando que ya en el antiguo Derecho francés no era necesaria la adhesión del tercero, y deduciendo de ello que tampoco se debe exigir en relación con el Código. Pero, en realidad, LAMBERT sólo ha demostrado que en el antiguo Derecho francés no era exigida *por todos* la adhesión del tercero para hacer irrevocable la *donatio sub modo* a favor de tercero; y esta demostración no justifica suficientemente, en mi opinión, la conclusión que de ella saca ese autor eminente; aparte de no poder tener, en relación con el Derecho positivo italiano, el valor sugestivo que no se le puede negar en el Derecho civil francés, por la sencilla razón de no adaptarse perfectamente las tradiciones jurídicas francesa e italiana en cuanto se refiere al derecho de las obligaciones.

En cuanto a la influencia que han ejercido la ciencia y la legislación germánica sobre la doctrina italiana ya la hemos estudiado en la primera parte de esta obra (27). La doctrina germánica sobre los contratos a favor de tercero ha tenido el gran mérito de haber puesto de relieve cómo ciertos casos típicos de tales contratos, y de modo especial el seguro de vida a beneficio de tercero, no pueden ni deben ser encerrados en los límites de la pura doctrina romanista. Pero en cambio ha caído en el grave error de querer generalizar, sin necesidad, la

---

(26) Cfr. LAMBERT, ob. cit., y TARTUFARI, ob. cit.

(27) Cfr. las págs. 176 y sigs. de esta obra.

regulación dada a esos casos especiales. Esto ha sido reconocido por los escritores más autorizados de aquel mismo país, y, por tanto, no debemos ser más alemanes que los alemanes, trasplantando a nuestra patria una doctrina que no ofrece signos de desarrollarse con vigor en su propia tierra de origen.

Pero si no es correcto considerar la declaración del tercero como la aceptación de una oferta contractual, y si, por otra parte, tampoco es posible negar su necesidad, como querría una parte de la doctrina y de la jurisprudencia francesa e italiana, es preciso concluir reconociendo que para alcanzar la verdad se debe ir por un camino intermedio, consistente en admitir que la declaración del tercero, en los casos del artículo 1.128, *es requisito legal del perfeccionamiento de su derecho*. Por tanto, este derecho tiene su primera base en el contrato, pero no se perfecciona y completa hasta el momento en que el tercero declare que quiere utilizarlo en su provecho (28).

#### § 6.º NATURALEZA DEL DERECHO DEL TERCERO

De ese modo con que he intentado reconstruir el valor de la declaración del tercero queda aclarada la tan debatida cuestión sobre la naturaleza del derecho que adquiere el tercero. Se ha discutido, como ya se sabe, sobre si ese derecho es un derecho *suyo propio, nacido directa y originariamente en su persona*, o si, por el contrario, *ha de considerarse como transmitido del estipulante a él, mediante una simulada cesión o un fingido «mandatum agendi»*. La doctrina alemana, desde GAREIS a UNGER y discípulos, ha insistido con gran energía en favor de la primera de ambas tesis. En todo verdadero contrato a favor de tercero, el derecho de éste surgiría siempre, directa e inmediatamente, en la persona del tercero mismo, y no podría ser considerado nunca como una extensión del derecho del estipulante, o una derivación del mismo. Tal derecho sería *una creación de la voluntad de las partes contratantes, aparte del contrato*.

Ya hemos criticado varias veces esta construcción jurídica, y pues-

---

(28) Véase en sentido análogo, BONELLI, en «Temi Veneta», XXIX, 1904, páginas 506-510.

to en evidencia su origen, estrechamente unido a la regulación dada por la jurisprudencia al contrato de seguro.

Todo aquel que no sea esclavo de prejuicios doctrinales se persuadirá fácilmente de que no hay razón alguna doctrinal, seria y fuerte, para afirmar que el derecho del tercero *debe ser un derecho suyo propio e independientemente nacido en su persona*. Si se ha acudido a esta construcción jurídica en materia de seguros a favor de terceros, ha sido para alcanzar un resultado práctico que en ese caso parecía, más que deseable, indispensable para asegurar un rápido desarrollo a la institución misma. En efecto: es preciso sustraer la suma asegurada, de cualquier modo que sea, al ataque posible de los acreedores del asegurado y de sus herederos legítimos.

La jurisprudencia escogió, a tal fin, la teoría del derecho autónomo e independiente del beneficiario desde el momento de la conclusión del contrato, y con esta teoría se alcanza el fin que se deseaba. Hasta aquí no hay nada malo; antes bien, mucho de bueno. Lo malo estuvo en generalizar. No había, en efecto, ninguna razón plausible para generalizar aquella fórmula, antes bien, había muchas (que no se tuvieron en cuenta), para no generalizarla. El hecho de poderse admitir (a pesar de la oposición realizada por algunos escritores: Cfr. Eck, obra citada en la Bibliografía de esta obra al núm. 52), que sea deseable y justo preferir al beneficiario en lugar de los acreedores del asegurado y a sus legitimarios en la asignación de la suma asegurada, no justifica que tal trato de favor deba extenderse a todo tercero en cuyo favor se haya hecho una estipulación. Quizás venga a cuento recordar aquí una hipótesis, sostenida por LEONHARD con gran sutileza, según la cual si los romanos proclamaron, como regla, la nulidad de los contratos a favor de tercero fué, precisamente, para impedir que el estipulante pudiera con un contrato de esa especie eludir su obligación para con sus acreedores y defraudarles de ese modo. La hipótesis es genial, pero, en mi opinión, carece de fundamento; sin embargo, contiene, al fin y al cabo, un núcleo de verdad que ilumina las cuestiones que estamos tratando.

Si la jurisprudencia, o la ley, por consideraciones de especial oportunidad no han establecido otra cosa, me parece que no se puede afirmar, si no es arbitrariamente, que el derecho del tercero sea un derecho suyo y autónomo nacido directamente en su persona, haciendo caso omiso del patrimonio del estipulante. Bueno será, pues, rebelarse con-



tra la tiranía de este dogma alimentado de puras apariencias. Sobre todo en relación con la ley positiva italiana y para los casos de contratos a favor de tercero reconocidos excepcionalmente por ella como válidos en el art. 1.128. Ya hemos observado que en estos dos casos la prestación estipulada a favor del tercero proviene, como norma (29), del patrimonio del estipulante.

Se trata, en efecto, por lo general, bien de parte del objeto de una donación hecha por el estipulante al promitente, bien de parte de una contraprestación del promitente al estipulante, y es perfectamente natural considerar el derecho del tercero como derivado, *ope legis*, del patrimonio del estipulante. Tampoco se puede llegar a otro resultado, por lo demás, si se considera la cosa desde el punto de vista de la conveniencia práctica. ¿De no ser así, por qué razón se podría sustraer jamás a los acreedores, o a los legitimarios, las cantidades o los valores alienados de ese modo por el estipulante? Aquí vuelve a tener valor la observación, recordada antes, de LEONHARDK y no vale el objetar que cualquiera atribución hecha en fraude de los acreedores del estipulante podría ser impugnada por éstos, puesto que (aparte las observaciones hechas por LEONHARD para desvirtuar esta crítica) (30), siempre resulta que no se ve con qué fin se iba a conceder un derecho al tercero, sin necesidad, para quitárselo después eventualmente, cuando tan fácilmente se pueden conciliar, de modo preventivo, los intereses de los acreedores y legitimarios del estipulante con los del tercero, con sólo conceder al tercero su derecho mediatamente, esto es, haciéndolo descansar primero en la persona del estipulante.

### § 7.º DEL DERECHO DE REVOCACIÓN POR PARTE DEL ESTIPULANTE

Según el art. 1.128 del Código civil, aquel que ha realizado una estipulación a favor de tercero «no puede revocarla si el tercero ha manifestado su voluntad de aprovecharse de ella».

También este derecho de revocación ha dado lugar a controversias y dificultades. Interpretando ese artículo según el significado de sus

---

(29) Cfr. CHAMPEAU, ob. cit., págs. 103, 134 y sigs:

(30) LEONHARD, *Die Anfechtbarkeit*, etc., págs. 51 y sigs.

palabras, se demuestra: 1) Que el estipulante puede revocar siempre mientras el tercero no haya declarado su voluntad de querer aprovecharse de la estipulación. 2) Que, por el contrario, no puede revocar desde el momento en que tal declaración haya sido hecha. Pero se pregunta: ¿pueden pactar las partes contratantes que el estipulante carezca en absoluto del derecho a revocar, o que sólo lo tenga dentro de límites más estrechos que los indicados en el art. 1.128, o, por el contrario, que pueda conservar ese derecho aun en el caso de haber hecho el tercero la declaración de querer aprovecharse de la estipulación convenida en favor suyo? La doctrina responde afirmativamente tanto a la primera como a la segunda parte de esa pregunta. Para establecer que el estipulante pueda revocar —dice— el legislador se ha inspirado, puramente, en la voluntad presumible de las partes contratantes. Se trata, pues, de una regla de interpretación que sólo vale hasta el momento en que se pruebe la existencia de una voluntad contraria. Las partes contratantes, pues, podrán disponer, expresa o tácitamente, que el estipulante no pueda revocar (31); irrevocabilidad que podrá resultar también de la propia naturaleza del contrato en que se contenga la estipulación favorable al tercero. Por fin, en esto estamos de acuerdo.

Pero estos escritores argumentan a continuación, analógicamente, en relación con el derecho a revocar después de haber hecho el tercero la declaración de querer aprovecharse de la estipulación. Admiten que el derecho a revocar cesa después de hecha la declaración, por disposición legal; pero también sostienen que tal regla no tiene aquí, según su opinión, mas que un valor interpretativo de la voluntad de las partes, a las que reconocen el derecho y la facultad de disponer otra cosa, tanto expresa como tácitamente. Y sobre este punto disentimos de tal parecer absolutamente. En mi opinión la voluntad de las partes sólo es decisiva en las relaciones entre ellas mismas, pero no puede atribuir derechos a terceros en tanto cuanto esa atribución no esté establecida por las leyes, o por una fuente de derecho equiparable a éstas. Con esta premisa, cuando la ley (como en el caso del art. 1.128 del Código civil), determina los efectos de una cierta categoría de contratos a favor de tercero; reconocidos por ella excepcionalmente, no interpreta

---

(31) Véase CHAMPEAU, ob. cit., págs. 134 y sigs., y RICCA BARBERIS, ob. cit., página 254.

simplemente la voluntad de las partes contratantes, sino que fija los principios a los que ella debe someterse.

Es la misma ley la que establece cuándo y en qué condiciones puede surgir un derecho para un tercero en virtud de un contrato a cuya conclusión ha permanecido extraño. Y si ella dispone que el estipulante pueda revocar antes de que el tercero declare su voluntad de aprovecharse de tal contrato, no es fácil admitir que este derecho a revocar pueda perdurar, por voluntad de las partes contratantes, más allá del límite que le asigna el art. 1.128 citado. Este artículo hace surgir el derecho del tercero en el momento de su declaración: ¿cómo podrán las partes privarle de lo que la ley le ha atribuído? Se ha invocado en defensa de esta tesis, que combato, la analogía que tiene con la regulación legal del seguro en favor de tercero, pero es un razonamiento fuera de lugar por la simple razón de que esos seguros tienen una disciplina legal en Italia completamente particular y propia, garantizada por especiales disposiciones legales. No se debe, y no se puede, por tanto, generalizar la regulación que se ha dado, o parece deseable dar, a este caso especial. Esta regulación tiene su base en la función específica del contrato de seguro de vida a favor de tercero. Es preciso, pues, reconocer que la doctrina civilista francesa, preocupada en dar al contrato de seguro de vida una disciplina conforme a sus fines, ha violentado el art. 1.121 del Código civil francés (correspondiente al 1.128 del italiano), al interpretarlo de modo que garantice al asegurado aquel amplísimo derecho a revocar, que es necesario para el recto funcionamiento de este típico y singular contrato, pero que, en cambio no es preciso conceder (antes bien sería contradictorio y perjudicial) a toda estipulación en favor de tercero, comprendida en los términos del art. 1.128 del Código civil.

#### § 8.º EFECTOS DE LA REVOCACIÓN POR PARTE DEL ESTIPULANTE, Y DE LA RENUNCIA POR PARTE DEL TERCERO

Partiremos del caso de la *donatio sub modo* a favor de tercero. Ticio ha donado a Cayo un inmueble, imponiéndole la obligación de destinar ciertos locales del mismo para escuela municipal. Antes de que el Ayuntamiento haya declarado su voluntad de querer aprovecharse de esta estipulación, hecha a su favor, la revoca Ticio. Y se pregunta

a quién debe aprovechar esa revocación; al donante o al donatario. No es posible dar una respuesta de tipo general; todo dependerá de la voluntad de las partes. Puede ser que Ticio haya querido donar el inmueble, deducido el uso de aquellos locales determinados, y que la concesión de éstos al Ayuntamiento sólo sea uno entre los múltiples destinos que de ellos se había reservado. En este caso, revocada la primera designación, continúa su facultad de disponer nuevo destino, sin agravar la situación del donatario (32). Pero también podría ser que Ticio sólo quisiera limitar la donación hecha a Cayo en el caso de que el Ayuntamiento quisiera aprovecharse de la cláusula estipulada en su favor, y en este caso la revocación beneficiaría al donatario. No obstante, en caso de duda deberá decidirse en favor del donante, porque en caso de duda la donación se interpreta restrictivamente.

Lo mismo deberá resolverse en caso de renuncia del tercero tenido en cuenta en el modus, o de faltar su declaración de querer aprovecharse en la estipulación.

Y vamos al caso de la estipulación a favor de tercero en cuanto condición de una estipulación hecha por el estipulante para sí mismo. La decisión sobre los efectos de la revocación será distinta en cada una de las dos diversas categorías de casos a los que según nuestra interpretación puede ser referido el art. 1.128 (33). Si la prestación estipulada a favor del tercero sólo es parte de la prestación que ha estipulado el estipulante en su propio provecho, en caso de revocación de éste o renuncia del tercero la prestación deberá hacerse íntegra al estipulante. Por el contrario, si la prestación estipulada a favor del tercero es de tal naturaleza que no puede ser considerada como parte de la prestación principal debida, según el contrato, al estipulante, la revocación o la renuncia serán en beneficio del promitente que queda liberado (34).

---

(32) Cfr. CHAMPEAU, ob. cit., pág. 136, y MANENTI, ob. cit.

(33) Véase antes, en la pág. 192.

(34) Cfr. LAMBER, ob. cit., págs. 22 y 24, y GÖMÖRY, ob. cit., pág. 155.

## § 9.º FUNDAMENTO JURÍDICO DEL DERECHO DEL TERCERO

Después de haber determinado la naturaleza del derecho atribuido al tercero, y resuelto las cuestiones relativas al derecho a revocar del estipulante, es necesario, en fin, precisar el verdadero fundamento jurídico.

También sobre este punto hay graves divergencias de opinión.

Los escritores que consideran la declaración del tercero como una verdadera y propia aceptación de una oferta contractual están obligados, por necesidad lógica, a poner el fundamento del derecho del tercero en el contrato que éste pone en actividad al aceptar. Los que suprimen o reducen la declaración mencionada del tercero a un *minimum*, considerándola como confirmación de un derecho nacido ya independientemente a favor suyo, ponen el fundamento de este derecho, generalmente, en el contrato a que ha permanecido extraño el tercero, pero que ha sido concluido en favor suyo. Otros ponen tal fundamento en la voluntad unilateral del promitente (35). Pero todas estas opiniones no resisten a una severa crítica.

La primera se equivoca en su presupuesto fundamental. Descompone, arbitrariamente, el contrato a favor de tercero en dos contratos, y se resuelve en una negación absoluta de esta institución, contra la tradición, y a pesar de lo dispuesto con toda claridad en el art. 1.128 del Código civil (36).

La segunda cae en una arbitrariedad opuesta: mientras el art. 1.128 dispone que el contrato a favor de tercero es nulo por regla general, afirma esta teoría que es válido, también en general.

La tercera tiene el mérito de reconocer que el fundamento del derecho del tercero no puede buscarse sólo en el contrato *como tal*, desde el momento que el legislador mismo proclama el principio fundamental de

---

(35) Sostiene esta teoría SIEGEL en su obra *Das Versprechen*, etc. Tal teoría ha encontrado opositores y secuaces, no sólo en Alemania, sino también en Francia, Austria e Italia. Cfr. especialmente WORMS, ob. cit., y BAUDRY-LACANTINERIE-BARDE, *Oblig.*, I, pág. 213; HASENHÖRL, *Das oest. Oblig.*, págs. 449-451. Entre los comentaristas del nuevo Código civil alemán, las sostiene también STAMMLER. Véase en contra de ella especialmente HELLWIG, ob. cit., pág. 257.

(36) Cfr. antes, y especialmente, LAMBERT, ob. cit., y en contra, MANENTI. Confróntese PACCHIONI, en la «Rivista di Diritto Commerciale», año VII, fasc. V.

que el contrato, *como tal*, sólo es ley entre las partes contratantes. Pero después recurre a un principio, como es el de la obligatoriedad de la declaración de voluntad unilateral, que no está negado, pero tampoco es reconocido por nuestras leyes positivas.

¿Qué doctrina debe sustituir a éstas que son inaceptables? En mi opinión, el franco reconocimiento del derecho del tercero, una vez admitido, debe tener siempre un fundamento en una disposición positiva de la ley. La ley, que, en principio, limita los efectos de todo contrato a las partes contratantes, dispone de modo excepcional las condiciones en que un determinado contrato haya de producir efectos a favor de tercero. Un contrato celebrado entre dos personas puede convertirse en fundamento de la adquisición de derechos por un tercero que ha sido extraño a su celebración; pero puede llegar a serlo *no por la sola voluntad de las partes contratantes, equivocadamente hecha omnipotente por los tratadistas, sino por la fuerza del derecho positivo y con las condiciones fijadas por él.*

Este modo de concebir el fundamento del derecho del tercero tiene tres grandes ventajas: restablece el orden en el sistema al reafirmar la función normal del contrato; hace posible, además, establecer de modo práctico y adecuado, según la naturaleza de cada caso, el tanto de eficacia que es exigido en todo contrato a favor de tercero por su función y fin propios; y, en fin, ofrece también un criterio seguro para resolver uno de los más espinosos problemas en relación con estos contratos: el relativo a las excepciones que deben concederse al promitente frente al tercero. Todo dependerá de la ley por la que el tercero adquiere su derecho; y el intérprete, más que esforzarse en sacar reglas de carácter general, deberá buscar, caso por caso, si hay excepciones a favor del promitente, y cuáles pueden concedérsele frente al tercero que le exija el cumplimiento de alguna prestación.

#### § 10. DE LAS EXCEPCIONES QUE EL PROMITENTE PUEDE OponER AL TERCERO EN LOS CASOS DEL ART. 1.128 DEL CÓDIGO CIVIL

En cuanto se refiere a los casos comprendidos en el art. 1.128 del Código civil, es indudable, ante todo, que el promitente puede oponer al tercero todas las excepciones que tengan su fundamento en el contrato celebrado por él con el estipulante, ya que sobre este contrato,

precisamente, funda la ley el derecho del tercero. Por tanto, podrá excepcionar la nulidad por la absoluta incapacidad del estipulante (37); por defecto de forma; por prohibición legal que se oponga a su celebración. También podrá oponer al tercero todas las excepciones que se funden en su propia personalidad; por ejemplo: su incapacidad para obligarse; los vicios de su consentimiento; la inobservancia de las formas prescritas por la ley en defensa de sus intereses. Todo esto no presenta dificultad. En cambio, surge una grave para las excepciones fundadas en la persona del estipulante y, especialmente, en relación con la excepción de compensación *ex persona stipulantis*.

¿Podrá el promitente, cuando el tercero le exige la prestación estipulada en su favor, oponer en compensación un crédito personal que tenga contra el estipulante? Los autores, en general, se inclinan por la negativa, aunque por distintos motivos (38). BÄHR, aunque sosteniendo que el derecho del tercero no es sino el derecho del estipulante, ejercido por el tercero en virtud de un fingido *mandatum agendi*, opina que el promitente no puede invocar la *exceptio compensationis ex persona stipulantis*, porque a ello se opone, en su opinión, la forma en que se ha obligado, que es la de pagar al tercero (*nämlich als Zahlung an den Dritten*). También GAREIS (39) llega a la misma conclusión, pero no en virtud de la forma, sino en virtud del contenido de la obligación asumida por el promitente. Según la voluntad de las partes —argumenta este autor—, el tercero adquiere un derecho suyo propio, que surge directamente en su persona: él es, por tanto, el único acreedor de este derecho que es suyo; y de ello deduce que no deba sufrir la compensación de deudas que no son suyas, sino del estipulante. Esta argumentación de GAREIS la recogen íntegramente TARTUFARI (40) y CHAMPEAU (41). Y realmente, dada la premisa de que parten estos escritores, no se puede negar que es exacta la conclusión a que llegan. Pero, precisamente, es esa premisa la que, en mi opinión, no vale para los casos tenidos en cuenta en el art. 1.128 a que nos venimos refiriendo.

Ticio vende su propia casa a Cayo por 10.000 liras, y estipula que

---

(37) Véase EHRENZWEIG, ob. cit., págs. 179-180.

(38) *Jahrb. für die Dogmatik*, VI, pág. 155.

(39) Ob. cit., pág. 242.

(40) Ob. cit., pág. 369.

(41) Ob. cit., págs. 147 y sigs.

la mitad de esa suma se pague a Sempronio. Este declara que quiere aprovecharse de esa estipulación y adquiere así el derecho de obrar contra Cayo. Con estos datos, ¿cómo podrá sostenerse seriamente que el derecho de Sempronio a exigir de Cayo las 5.000 liras, no tiene nada que ver con el derecho que habría tenido Ticio a exigir las, si no hubiese estipulado que fueran pagadas a Sempronio? Y si Cayo, después de haber prometido el pagarlas a Sempronio, se da cuenta de ser por su parte acreedor de Ticio por igual suma, ¿cómo se le podrá impedir que oponga este crédito suyo a Sempronio? BÄHR observa, como ya hemos visto, que a ello se opone *la forma* en que Cayo se ha obligado a pagar a Sempronio. Pero esta objeción no es concluyente. Es cierto que Cayo se ha obligado a pagar a un tercero, a Sempronio; pero si ha asumido esta obligación es por el presupuesto de ser deudor de aquella suma a Ticio: en tanto se ha obligado a pagar a Sempronio en cuanto se ha creído deudor de Ticio. Esta es la interpretación natural de la relación, y sólo debe ser distinta frente a circunstancias especiales (como ocurre, por ejemplo, en el contrato de transporte o de seguro de vida a favor de tercero) (42), y que encuentra su confirmación *a contrariis* en el art. 1.729 del Código civil, en el que se dispone, expresamente, que el deudor delegado no puede oponer al acreedor delegatario las excepciones que habría podido oponer al delegante.

Análogas consideraciones pueden aplicarse, en mi opinión, a la llamada *exceptio inadempti contractus*. ¿Podrá el promitente, en principio, oponer al tercero el incumplimiento por parte del estipulante? (43). También aquí es preciso tener en cuenta que el promitente en tanto se ha obligado para con el tercero en cuanto se creyera obligado respecto al estipulante: ahora bien, como es indudable que habría podido oponer al estipulante la excepción *non adimpleti contractu*, debe admitirse también que la pueda oponer al tercero. La argumentación empleada por GAREIS para llegar a una conclusión opuesta: esto es,

---

(42) Se equivoca, pues, GAREIS, ob. cit., pág. 241, cuando saca deducciones de una sentencia en materia de seguro a favor de un tercero, y las aplica al caso, completamente distinto, de enajenación de un fundo con pacto a favor de un tercero.

(43) EHRENZWEIG, ob. cit., págs. 178-179. Sólo en caso de que el promitente hubiera garantizado al estipulante el cumplimiento, se podría sostener la opinión contraria.



que el conceder al promitente la *exceptio non adimpleti contractus* contra el tercero convertiría a éste en garantizante de las obligaciones del estipulante, lo cual es inadmisibile, no resiste a una crítica seria. Es evidente, en efecto, que no se trata aquí de imponer obligaciones al tercero, sino sólo de ver cuál es la verdadera extensión e importancia del derecho que se le atribuye. Y en mi opinión, sostengo que el derecho del tercero sólo existe en cuanto hubiera existido, o existiera, el derecho del estipulante, puesto que, en sustancia, tal derecho no es otro que el derecho del estipulante atribuido, *ope legis*, al tercero. Pero, además, no podría ser otra la conclusión, aunque se acepte sobre la naturaleza del derecho del tercero la doctrina opuesta que mantiene GAREIS, y recogen TARTUFARI, CHAMPEAU y otros, porque no puede admitirse que por efecto de la voluntad de las partes deba adquirir el tercero, en general, el derecho estipulado a su favor, aun en el caso de que el estipulante no haya cumplido lo que debía cumplir. «Nos parece cierto, por el contrario —escribe CHAMPEAU (44)—, que en la mayoría de los casos el promitente no habrá querido obligarse para con el tercero, sino en tanto que el estipulante realice la prestación en vista de la cual ha contratado el promitente. El hecho de que la obligación del promitente deba aprovechar a un tercero y no al estipulante mismo, es, jurídicamente, indiferente en el problema que nos ocupa. La intención del promitente ha permanecido, ciertamente, la misma que hubiera sido si se hubiera obligado pura y simplemente para con el estipulante».

Con esta doctrina se tiene también un criterio seguro para la resolución de los varios problemas discutidos por la ciencia jurídica sobre los efectos de la anulación judicial del contrato a favor de tercero. Si se produce tal anulación, conforme a petición de una de las partes, antes de que el tercero haya hecho la declaración de quererse aprovechar de la estipulación convenida a su favor, se hace imposible el perfeccionamiento efectivo del derecho del tercero. La duda surge en los casos en que se haya producido la declaración del tercero, y en que el promitente haya cumplido lo prometido, puesto que en tales casos nos hallamos ante una obligación perfecta y cumplida (45). Sin embargo, creo que también en estos casos y circunstancias la anulación del con-

---

(44) Ob. cit., págs. 150-151.

(45) Cfr. CHAMPEAU, ob. cit. págs. 152-153.

trato debe tener como consecuencia la anulación del derecho del tercero, que estará obligado a restituir la prestación ya recibida, o al menos no podrá exigirla. Lo cual está conforme con cuanto he sostenido en relación con la naturaleza y el fundamento jurídico del derecho del tercero.

§ 11. DE LA TRASMISIBILIDAD DEL DERECHO A REVOCAR DEL ESTIPULANTE, Y DEL DERECHO DEL TERCERO A DECLARAR QUE INTENTA APROVECHARSE DE LA ESTIPULACIÓN CELEBRADA EN SU FAVOR

¿Pueden los herederos del estipulante revocar su estipulación hecha a favor de tercero, antes de que éste haya declarado su voluntad de aprovecharla? Los autores están en desacuerdo sobre este punto. Unos responden negativamente, y dicen que el derecho a revocar no forma parte propiamente del patrimonio del estipulante, sino que más bien es una facultad personal que no pasa a sus herederos. Otros, por el contrario, responden afirmativamente, objetando a los anteriores que el derecho a revocar puede tener carácter patrimonial, y que tal carácter tiene en los casos (que son los más numerosos y más frecuentes), en que al estipular en favor del tercero no hace otra cosa el estipulante sino dirigir hacia el tercero una prestación que se le debe a él. Otros escritores, en fin, distinguen según que la estipulación contenga, o no, una verdadera liberalidad a favor del tercero; en caso afirmativo, creen que la liberalidad está perfeccionada una vez muerto el estipulante sin haberla revocado, por estar de acuerdo con la última voluntad del estipulante.

También yo creo que es preciso distinguir, pero no en el sentido en que lo hacen estos últimos autores. En mi opinión, conviene distinguir caso por caso. Para ciertos contratos típicos, como el seguro a favor de tercero, es absolutamente necesario negar que el derecho a revocar del estipulante premuerto pase a sus herederos, pues de no ser así quedarían completamente frustrados la finalidad perseguida con aquel contrato, y la finalidad por la que, precisamente, es reconocido como válido. Pero ocurre de modo completamente diferente en aquellos contratos a favor de tercero que he llamado indiferentes' (en contraposición a los típicos), que pueden ser válidos en virtud del art. 1.128 del Código civil. En estos casos es preciso distinguir: si la estipulación

tiende a atribuir al tercero una contraprestación que, en caso contrario, sería debida por el promitente al estipulante, no puede menos de reconocerse que el derecho de revocación del estipulante tiene carácter patrimonial, y que no se extingue por su muerte y pasa a sus herederos. En cambio, si la prestación estipulada a favor del tercero no tiene para el estipulante un verdadero y propio valor pecuniario, y no forma parte, por tanto, de la prestación que a él se le debe, puede admitirse entonces que el derecho a revocar se extingue con la muerte del estipulante (46).

En cuanto se refiere a la transmisibilidad del derecho del tercero a declarar que quiere aprovecharse del contrato realizado en su favor, todo depende del modo de concebir esta declaración. Aquellos que la conciben como la aceptación de una oferta contractual deben admitir, lógicamente, que tal derecho se extingue con la muerte del tercero, puesto que el aceptar una oferta contractual no es un derecho, sino una facultad; y porque la oferta misma tiene, en principio, carácter personal (47). De otro modo, deben pensar aquellos que niegan casi todo valor a la declaración del tercero. Puesto que éstos tienen por ya nacido el derecho del tercero en virtud del contrato celebrado a su favor, deben admitir, necesariamente, que tal derecho se trasmite a sus herederos.

Aunque no aceptamos las premisas de estos autores, debemos llegar, sin embargo, a la misma conclusión. En efecto, ya he admitido que el artículo 1.128 del Código civil considera dos categorías de contratos válidos a favor de tercero. La base primera del derecho del tercero es aquí el contrato celebrado en su favor, mientras que su declaración de querer aprovecharse de él es exigida por la ley para perfeccionar su adquisición. Sabido esto, es lógico afirmar que tal declaración pueda ser hecha válidamente también por sus herederos, puesto que ella no crea nada *ex novo*, sino que sólo perfecciona la adquisición de un derecho fundado sobre el contrato válidamente celebrado entre el estipulante y el promitente.

---

(46) Véase GÖMÖRY, ob. cit., pág. 157, y MAIORANA, *Circolo Giuridico*, V, 19, páginas 57-64. Palermo, 1888.

(47) Véase a este propósito las observaciones de LAMBERT, ob. cit., págs. 16-29.

§ 12. LA VOLUNTAD DE LAS PARTES Y LA VALIDEZ DE LOS CONTRATOS  
A FAVOR DE TERCERO, SEGÚN EL ART. 1.128 DEL CÓDIGO CIVIL

No es posible dar por terminado el estudio relativo a aquellos contratos a favor de tercero que son válidos según los términos del artículo 1.128 del Código civil, sin tomar posiciones respecto al tan debatido problema sobre la importancia de la voluntad de las partes contratantes en relación con el derecho del tercero. ¿Es esta voluntad base o requisito del nacimiento del derecho del tercero?

Para responder de modo preciso a esta pregunta es necesario hacer antes una aclaración que ayude a evitar equívocos bastante fáciles en esta materia tan sutil. Es necesario ponerse de acuerdo sobre el significado que se da a la expresión *voluntad o intención de las partes contratantes*.

Que las partes que estipulan a favor de un tercero tengan la intención de favorecer a éste y procurarle una determinada prestación, es indudable; pero no se trata ahora de eso.

Ya hemos visto cómo una parte de la ciencia germánica concibe la intención o voluntad de las partes de un modo mucho más preciso y riguroso; esto es: *cómo la verdadera y propia intención de hacer surgir en el tercero un derecho de acción propiamente suyo, inmediatamente o pasado cierto tiempo, de modo absoluto o bajo ciertas condiciones*. Toda la teoría del contrato a favor de tercero en las obras de UNGER y de GAREIS, está fundada sobre la voluntad de las partes contratantes, *así concebida*, y recurriendo a esta voluntad se resuelven, teóricamente, todas las dificultades a ella relativas. Pero también hemos visto a cuántas y graves críticas está expuesta esa tendencia teórica (48), que, triunfante en el primer proyecto de Código civil alemán, ha sido abandonada después en su redacción definitiva.

En realidad, la misma doctrina germánica ha terminado por reconocer que esta pretendida voluntad de las partes no es otra cosa que una especie de pantalla, detrás de la cual se esconden las exigencias del comercio, el fin y la función práctica de contratos determinados. Admitiendo, como lo admite la ley germánica, que todo contrato a favor

---

(48) Cfr. HELWIG, ob. cit., págs. 148 y 203.

de tercero *puede atribuir un derecho al tercero*, era preciso indicar bien el criterio en virtud del cual se puede decidir cuándo aquella posibilidad se debe convertir en una realidad, y cuándo no. Este criterio fué puesto de nuevo en la voluntad de las partes y en el fin del contrato.

Pero la naturaleza del problema es completamente distinta frente a aquellos Códigos que, como el italiano, niegan, en el ámbito de los principios, la validez de todo contrato a favor de tercero, y la conceden sólo en determinadas excepciones, fundadas todas ellas en especiales disposiciones legales. Para nosotros, el problema no tiene razón de ser. Puesto que el derecho del tercero está siempre fundado sobre una disposición legal, que reconoce como válido el respectivo contrato, no es preciso buscar ningún otro criterio sobre el que basarlo y hacerlo consistir. Bastará, pues, que las partes hayan tenido *la voluntad genérica de realizar aquel contrato a favor del tercero* para que el tercero mismo adquiera el derecho en su propia persona. Es, en efecto, la ley la que obra esta adquisición, con las condiciones por ella fijadas, entre las que nunca aparece la consciente y específica voluntad de las partes contratantes de que el tercero adquiera un derecho propiamente suyo. Puede muy bien suceder, pues, que en los dos casos del artículo 1.128 del Código civil, las partes contratantes no hayan tenido la positiva intención de hacer surgir en el tercero un derecho propiamente suyo, y que el tercero adquiera ese derecho igualmente, cuando cumpla el único requisito exigido por la ley a tal fin, esto es: cuando declare su voluntad de quererse aprovechar de la estipulación hecha a su favor (49). Y así sucede, precisamente, y puede establecerse como principio, que el destinatario y el beneficiario adquieren el derecho de actuar contra el transportista y contra el asegurador, aun cuando las partes contratantes no hayan tenido una idea o voluntad precisas sobre este particular. De este modo queda resuelto, en mi opinión, el problema que nos habíamos planteado, y en esta solución parece que se halle una comprobación ulterior de la bondad de nuestra tesis fundamental sobre los contratos a favor de tercero.

Sin embargo, deben ser de otra opinión aquellos autores que, como TARTUFARI, VIVANTE y otros, se han esforzado en trasplantar a nuestro

---

(49) Véase PACCHIONI, *L'accollo dei debiti di un'azienda*, en la «Rivista di diritto commerciale», año IX, fasc. 1.º, 1911.

sistema jurídico, con ultraje para las disposiciones positivas de nuestro Código, la teoría germánica de la validez, como principio, de todo contrato a favor de tercero. No cabe maravillarse de ello. Pero sí que causa maravilla, en cambio, el oír invocar la voluntad de las partes, como base y fundamento del derecho del tercero, por autores que reconocen lo innecesario, cuando no incluso la imposibilidad, de acoger dentro de nuestra ley aquella teoría germánica. Nos encontramos aquí frente a uno de esos casos en que la doctrina civilista germánica no ha logrado prevalecer sobre nuestra ley nacional, pero que ha dejado, sin embargo, una huella disonante y contradictoria en la interpretación de la misma. El recurrir a la voluntad de las partes es explicable en Alemania, dada la doctrina que ha prevalecido allí, y la ley vigente de acuerdo con ella; pero, en cambio, resulta superfluo y contradictorio entre nosotros cuando se quiera respetar, como es debido, el principio fundamental contenido en el art. 1.128 del Código civil.

### § 13. DE LOS CONTRATOS A FAVOR DE PERSONAS INDETERMINADAS

El tercero en cuyo favor se ha estipulado válidamente, ¿debe estar determinado individualmente en el momento de la conclusión del contrato? Esta pregunta ha sido contestada, incluso en alguna Sentencia reciente, afirmativamente.

Es necesario —se ha dicho— que el tercero esté individualizado en el momento de la conclusión del contrato, porque en ese momento es cuando surge su derecho, y no se puede concebir un derecho de una persona que no esté aún individualizada. Pero esta argumentación no resiste a la crítica, tanto si se quiere acoger, en relación con la validez y eficacia de los contratos a favor de tercero, la teoría que los reconoce válidos, en el orden de los principios, en virtud de la voluntad de los contratantes, como si, por el contrario, y como hago yo, se la rechaza. En efecto: de aceptarse la teoría citada, es evidente que el derecho del tercero está ya suficientemente fundado, en cuanto se ha celebrado el contrato, en virtud de la voluntad de las partes, mientras que sólo quedará diferida su eficacia hasta el momento en que el tercero en cuyo favor se celebró quede determinado. Y aun se llega con mayor seguridad a reconocer la validez de la estipulación hecha a favor de persona indeterminada, desde nuestro punto de vista, o sea admitiendo que el

derecho sea atribuido al tercero *por la ley, en virtud del contrato*. Es evidente, en efecto, que no puede atribuirse ninguna importancia, desde este punto de vista, a la circunstancia de estar indicado individualmente el tercero en el momento de la conclusión del contrato. Bastará con que en ese momento *sea determinable*; bastará que existan en la disposición contractual elementos suficientes para poder determinarlo a continuación. Si al depositar una suma en un Banco estipulo la devolución del capital a mí mismo, pero después de pasar cincuenta años, y la entrega de las rentas o intereses, cada cinco años, a favor de aquel cuya tesis sea premiada en una determinada Universidad como la mejor de las tesis presentadas, no puede dudarse que realice un contrato válido a favor de tercero, si bien, en el momento de concluir el contrato, el tercero favorecido con él no esté determinado. Si al hacer una donación de mi patrimonio a un Ticio le impongo la obligación de dar una suma determinada en favor del primer instituto o fundación que sea erigida, dentro de un determinado período de tiempo, a favor de los parientes de las víctimas de la aviación, no puede haber la menor duda de que en este caso he contratado, válidamente también, a favor de terceros, dentro de los términos del art. 1.128, aunque tal vez trascurra mucho tiempo antes de que tal fundación se cree efectivamente y con personalidad jurídica.

La indeterminación del tercero no es obstáculo a la validez del contrato celebrado a favor suyo, cuando éste cumpla los requisitos señalados por el art. 1.128: basta con que el tercero sea determinable, de cualquier modo que sea (50).

#### § 14. DE LA RESERVA HECHA POR EL ESTIPULANTE SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL TERCERO

También puede suceder que el estipulante, en el acto de contratar a favor de un tercero, se reserve el derecho a sustituirlo, o bien que, directamente y en primer lugar, estipule en su propio favor, reservándose sólo el derecho a indicar después el tercero. Ya el derecho romano admitía la validez de la cláusula *mīhi aut cui volam*, si bien esta

---

(50) Cfr. GÖMÖRY, ob. cit., 20; EHRENZWEIG, ob. cit., pág. 10; LAMBERT, obra citada, pág. 312 y sigs.; CHAMPEAU, ob. cit., págs. 119-120.

designación de tercero, por el principio de la nulidad de los contratos a favor de tercero, no producía un derecho a favor de éste, sino que sólo concedía al estipulante el derecho a exigir que el pago se hiciera al tercero indicado.

En Derecho moderno, según las leyes que, como el Código alemán, proclaman el principio de la validez de todo contrato a favor de tercero, no sólo es posible una cláusula de ese tipo, sino que, en principio, será eficaz para atribuir al tercero un derecho desde el momento de su indicación (salvo el § 331 de dicho Código). Según el Código italiano, tal cláusula será posible y eficaz en favor del tercero, siempre que la estipulación misma sea válida según los términos del art. 1.123. Igualmente es posible y eficaz en el contrato de seguro y en el de transporte. Pero, prescindiendo aquí de la regulación que de la misma se hace o debe hacerse más detenidamente respecto a los contratos típicos a favor de tercero, regulados especialmente por las leyes mercantiles (como son precisamente el seguro y el transporte, y otros), me detendré en los casos del art 1.123, para resolver algunos problemas de cierta importancia práctica.

Ante todo: ¿cuál será la posición del promitente en el período de tiempo que transcurra entre la conclusión del contrato y la designación del tercero por parte del estipulante? Estará obligado, pero no efectiva, sino sólo potencialmente, respecto a aquel que sea designado después, en caso de que éste manifieste su voluntad de quererse aprovechar de la estipulación realizada en favor suyo. Por tanto, si el estipulante muere sin haber designado tercero, será preciso interpretar el contrato según su contenido y su finalidad para decidir si el promitente ha quedado liberado de su obligación, o si el derecho a designar a un tercero pasa a los herederos del fallecido estipulante. En gran parte, dependerá, en mi opinión, de la importancia de la misma estipulación a favor del tercero; si ésta tiene por objeto una parte de la contraprestación del promitente al estipulante, será preciso inclinarse, salvo prueba evidente de una voluntad en contra de las partes contratantes, por la transmisión del derecho de designación a los herederos del estipulante; si su objeto sólo es algo secundario respecto a aquella contraprestación, se podrá, en cambio, decidir por la liberación del promitente.

Esta distinción puede resultar utilísima en la resolución de otro problema: el que se plantea sobre si el estipulante que se haya reservado el derecho a designar un tercero puede exigir que se le cumpla a



él la prestación. Creó que se debe responder siempre negativamente en los casos comprendidos en el segundo de los supuestos anteriores, y afirmativamente en los del primero, a menos que el promitente logre demostrar que tal cumplimiento agrava su prestación, en cuyo caso el estipulante sólo podrá insistir en su exigencia a condición de indemnizar al promitente (51). En estos casos, en realidad, la cláusula a favor de un tercero que ha de designarse después, se interpreta como puesta por el estipulante en favor propio, o a favor de persona que se indicará (*mihi aut cui volam*). Por tanto, el promitente está obligado, en primer término, respecto al estipulante, y sólo eventualmente respecto al tercero.

De esto se deduce que el estipulante, mientras no haya hecho la designación de tercero y éste no haya declarado su voluntad de querer aprovecharse de la estipulación hecha en su favor, podrá disponer siempre de su propio crédito. Podrá especialmente cederlo y darlo en prenda. Si lo cede, se cierra definitivamente la posibilidad de designar tercero; pignorándolo, aun podrá hacer esa designación, pero el tercero sólo adquirirá plenamente su derecho en el caso de que el préstamo sea liquidado de otro modo que mediante la adquisición del crédito empeñado por el acreedor pignoraticio, en pago de su derecho, en cuyo caso el tercero sólo podrá exigir la *hyperocha*.

Sólo falta ver de qué modo puede tener lugar la designación misma, cuando no se trate de acuerdos expresos al caso (52).

A este objeto, es necesario partir de la consideración de que la designación es elemento constitutivo del contrato. Las partes, al realizar el contrato, han consentido en que ese elemento concreto sea determinado después. Esto supuesto, parece fundado el opinar, ante el silencio de la ley además (53), que la misma designación, para ser válida, deba ser hecha al mismo promitente, bien directamente, bien por medio del tercero a quien se haya comunicado antes con el explícito o tácito encargo de comunicarla al promitente. Es evidente, en efecto, que si se admitiera la posibilidad de una designación unilateral, no notificada al promitente, se crearía un deplorable estado de incertidumbre jurídica. Sin embargo, ¿podrá hacerse válidamente la designación del

---

(51) Cfr. HELLWIG, ob. cit., págs. 230-32.

(52) Cfr. HELLWIG, ob. cit., págs. 228-229.

(53) Cfr. HELLWIG, ob. cit., *ibidem*.

tercero por el estipulante en su propio testamento? La ley italiana calla, y la jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse a este propósito, salvo en relación con el seguro de vida a favor de tercero. Sin embargo, debe creerse que la designación testamentaria sea admisible y eficaz en los casos del art. 1.128, con tal que sea puesta en conocimiento del promitente, ya que si, por el contrario, es demandado por los herederos y les cumple a ellos la prestación, de buena fe, ya no podrá ser molestado de nuevo. En cuanto a determinar si el tercero así designado adquiere un derecho suyo propio o un derecho detenido por un momento en el patrimonio del estipulante, será preciso aplicar el criterio de distinción señalado antes.

### § 15. DE LOS CONTRATOS A FAVOR DE LA SOCIEDAD

Puede suceder, y sucede a menudo en la realidad, que en los contratos con que la administración pública (Estado, Provincia, Municipio), confía a los particulares la gestión de ciertos servicios, se incluyan cláusulas en favor del público. De ese modo, al mismo tiempo que la administración se libra de una función, que frecuentemente no podría realizar directamente sin graves inconvenientes, trata de proveer al interés del público, garantizando y protegiendo a éste contra posibles abusos por parte de los concesionarios.

El contenido de esas cláusulas puede ser de la más variada naturaleza: puede ser que con ellas se den solamente directrices generales y se asegure un criterio de seguro control sobre la actuación del concesionario, y puede ser que se fijen normas precisas y concretas para determinadas circunstancias. En el primer caso, la garantía creada en favor del público tendrá un carácter y un valor principalmente moral, y no podrá ser invocada, de ningún modo, por las personas particular y directamente. En el segundo caso, por el contrario, podrá dar origen a verdaderos y propios derechos de las personas particulares, que en su conjunto constituyen la sociedad, en cuanto se encuentren en las circunstancias precisas tenidas en cuenta en las mismas cláusulas. Pero, ¿cuál será la verdadera naturaleza, y cuáles los presupuestos de estos derechos?

Una doctrina que ha alcanzado en Francia el voto de autorizados publicistas, atribuye a estos derechos un fundamento puramente legal, en cuanto considera los contratos de concesiones administrativas, que con-

tienen cláusulas en favor del público, como verdaderas leyes o reglamentos legales. Según tal doctrina, la autoridad administrativa ejercería así indirectamente, en la forma de la concesión, una función que podría ejercitar directamente asumiendo ella misma aquel servicio determinado; y como en tal hipótesis sería legal el ordenamiento que ella podría dar como reglamento a su propia y directa administración, así debería considerarse también como *legal*, y en cuanto tal obligatorio, el ordenamiento dado en las condiciones de la concesión. Las cláusulas de esos contratos puestas en favor del público vendrían, por tanto, a considerarse como otros tantos artículos de leyes que todo ciudadano debería poder invocar.

Frente a esta doctrina hay otra, más difusa, que ve en el contrato de concesión la base de los eventuales derechos del público estatuidos en las condiciones de la misma concesión. Pero dentro de esta teoría, no hay unidad de pareceres sobre la más exacta construcción jurídica de las relaciones respectivas. Hay autores que recurren a tal objeto, a los arts. 1.119 del Código francés y al 1.128 del italiano, o sea a la teoría de los contratos a favor de tercero; mientras que otros prefieren acudir al concepto de la representación. Otros, en fin, rechazan ambas opiniones y sostienen que la solución del problema debe buscarse fuera del Derecho privado, o sea en la esfera del Derecho administrativo.

Los escritores que configuran las relaciones que surgen de las cláusulas que examinamos, basados en la teoría de los contratos a favor de tercero, razonan del modo siguiente: aunque también en Derecho civil francés e italiano debe negarse, en el ámbito de los principios, la validez de los contratos a favor de tercero, siempre queda, sin embargo, para los casos de que nos estamos ocupando, la posibilidad de admitir la validez de tales cláusulas de modo excepcional, en virtud de los arts. 1.121 del Código francés y 1.128 del italiano. El Estado, la Provincia o el Municipio que confían un servicio público a una persona o a una entidad que se encarga de él, estipulan, en primer término, para sí mismos; las cláusulas adjuntas al contrato de concesión, a favor del público, sólo son condiciones de una estipulación principal que el estipulante contrata en favor propio. Tales cláusulas son, pues, válidas según los términos de los artículos citados, y el público que haya manifestado en general la voluntad de quererse aprovechar de ellas adquiere el derecho a exigir que sean respetadas, o su cumplimiento.

Los autores que acuden a la teoría de la representación razonan de muy diversa manera: al incluir las cláusulas de que tratamos en los contratos de concesiones, la administración pública obra como representante del público y adquiere para él, con tal carácter, el derecho a exigir la aplicación integral de las cláusulas en cuestión. Pero, ¿dónde tiene su fundamento esta representación? La respuesta que se da a esta pregunta no es siempre la misma. Algunos autores ponen ese fundamento en la relación misma que media entre la administración pública y la sociedad, relación por la que la administración tendría, en cuanto tal, el carácter de representante de todos los intereses del público. Otros escritores prefieren acogerse al concepto de la *negotiorum gestio*. La administración —argumentan éstos— no representa al público, sino que es, por encima del mismo, como un órgano de los intereses de la colectividad; lo cual no impide que, en actos especiales, pueda, como todo particular, asumir espontáneamente la tutela de especiales intereses del público. En tal hipótesis, la administración asume el papel de representante, y como tal, puede obligar, o adquirir derechos, a favor del público. En cuanto contrata una concesión, la administración es administración; en cuanto incluye en esos contratos cláusulas especiales a favor del público, se convierte en representante.

Otros escritores, en fin, al intentar dar a esas cláusulas un fundamento jurídico propio, extraño al Derecho privado, pretenden demostrar que las dos teorías anteriores son insostenibles en absoluto (54). Y dicen: que no se les pueden aplicar a estos contratos los principios referentes a los contratos a favor de tercero: a), porque frente a la persona pública que estipula (la administración) el público no es un tercero; b), porque las reglas de la estipulación a favor de tercero no podrían ser aplicadas, de ningún modo, a las estipulaciones en favor del público.

La administración tiene como misión el proveer a los intereses del público; por tanto, el público no es para ella *un tercero extraño*, y cuando estipula en su favor no lo hace a favor de un tercero. Por otra parte, es fácil demostrar que, aplicando la doctrina civilista relativa a las estipulaciones a favor de tercero, se cae en el absurdo. En efecto: esta doctrina mantiene firmemente el principio de la nulidad de las es-

---

(54) Véase M. DELAMAIN. *Les stipulations dans l'intérêt des tiers dans les contrats administratives*. París, 1910.

tipulaciones a favor de personas indeterminadas y futuras: sería preciso, pues, en homenaje a esa doctrina, declarar nulas las estipulaciones a favor del público que está formado, precisamente, de personas indeterminadas y futuras: Además, la doctrina civil exige la aceptación del tercero; ahora bien, el público, como tal, no puede aceptar; sólo la persona puede aceptar; pero la persona no ha sido designada individualmente en el contrato, y, por tanto, es como si no existiera.

Tampoco es posible —según estos autores— acudir a la representación, por dos razones: a), porque la relación que media entre la administración y el público no puede ser equiparada a la que media entre mandante y mandatario; b), porque la representación presupone que el representante obre *en nombre* del representado, lo cual no puede admitirse en este caso, en cuanto que es bien sabido que la administración contrata siempre *por sí y en nombre propio*. Es preciso, pues, reconocer —concluyen estos autores— que no es posible definir y regular las relaciones que nacen de los contratos a favor del público con criterios de derecho privado exclusivamente. Se trata de materia administrativa, y es en el campo del derecho administrativo donde deben resolverse estas controversias.

Los actos de la administración pública —expone, por ejemplo, DELAMAIN, siguiendo los pasos de HAURIU, de TEISSIER y de otros—, ante todo, pueden dividirse en dos grandes categorías: actos de gestión y actos de autoridad. Pero los actos de gestión son, por su parte, susceptibles de una posterior subdistinción en actos *de gestión pública* y actos *de gestión privada*. Son de gestión privada aquellos que la administración realiza *administrando el propio patrimonio privado*, o bien también cuando administra un servicio público *en cuanto lo realice en la forma y las condiciones de las relaciones jurídicas comunes*. Son, por el contrario, actos de gestión pública, aquellos que la administración realiza *en cuanto autoridad*, o sea desarrollando un servicio público, *pero con métodos y procedimientos propiamente suyos, esto es, administrativos*. Ante esto se pregunta: ¿con qué carácter actúa la administración cuando estipula a favor del público? La respuesta —según DELAMAIN— no puede ser dudosa, tanto si se tiene en cuenta el carácter según el cual la administración interviene para tutelar a la sociedad, como si se tiene en cuenta los medios de que se sirve en su actuación. La administración tiene por disposición legal el poder de obrar en interés de los administrados. Es el órgano de defensa de los intereses de

la sociedad, y obra, como tal, apoyada en la ley y en los principios que sirven de base a la organización de los poderes públicos. Y, precisamente, es en el ejercicio de esta función primordial suya cuando la administración estipula en favor del público. No interviene, pues, en esos casos como una simple persona privada, sino que actúa fuera de los caminos del Derecho privado. Las cláusulas por ella estipuladas contienen reglas que podría imponer por su propia autoridad si prefiriese prestar aquel determinado servicio por administración propia. Las cláusulas mismas pueden ser consideradas, por tanto, como cláusulas contractuales, y lo son en el ámbito de los hechos; pero, en el ámbito del derecho son disposiciones que regulan la marcha de un servicio público; son disposiciones de interés público; son, en suma, actos de gestión pública.

De considerar estas cláusulas a favor del público como *actos de gestión pública*, deduce DELAMAIN graves consideraciones prácticas. Y así sostiene en primer lugar que las posibles controversias relativas a los derechos del público, garantizados en los contratos de que venimos tratando, son de competencia de los Tribunales administrativos y no de los civiles ordinarios; punto éste sobre el que no me detengo, ya que esta cuestión no tiene en el Derecho italiano la misma importancia ni el mismo fundamento que en Francia (55).

Pero a continuación sostiene también que no son aplicables a estos contratos, en cuanto se refiere a la posición de los ciudadanos individualmente considerados, los principios y las reglas del Derecho civil. Y este sí que es un punto sobre el que es útil y oportuno detenerse, ya que, aun relacionado estrechamente con la cuestión de la jurisdicción, tiene, sin embargo, un valor propio e independiente. Se trata, en efecto, de ver si a las relaciones de Derecho privado, nacidas en la esfera de la administración, se les ha de aplicar rigurosamente los principios del Código civil y de las otras leyes de Derecho privado, o si, por el contrario, ha de admitirse la aplicación de criterios puramente de Derecho administrativo. Los civilistas franceses, en general, son contrarios a esta distinción, y con razón (56). Sin embargo, cada uno de ellos

---

(55) Ob. cit., pág. 145 y sigs.

(56) Cfr. LAMBERT, ob. cit., pág. 345 y sigs.; CHAMPEAU, ob. cit., pág. 210 y siguientes; SALEILLES, *Théorie de l'obligation*, núm. 246, y LABBÉ, en S. 1889, núm. 9.

se siente obligado a hacer alguna concesión en vista de la especialidad de la materia.

Comencemos por el examen de los requisitos para la validez entre las partes. Ya hemos visto que, según el art. 1.119 del Código civil francés, y el 1.128 del italiano, los contratos a favor de tercero son, en principio, *nulos, incluso entre las partes contratantes*. Esta regla sólo tiene una limitación en el caso en que el estipulante tenga un interés propio en la ejecución de la estipulación a favor del tercero; ya que, en esta hipótesis, se vuelve a entrar en la función normal del contrato que es la de servir de instrumento para la realización de los intereses individuales (*ceterum ut alii detur nihil interest mea*). Ahora bien, se pregunta: ¿deberá aplicarse la regla establecida por los artículos citados al caso de los contratos celebrados por la administración a favor del público? La respuesta sólo puede ser negativa. Pero no porque se deban aplicar a estos contratos principios diversos de los que se aplican y valen para los contratos celebrados entre particulares, sino más bien por otro motivo muy distinto; esto es: porque no se puede admitir que la administración pública no sienta los intereses del público. La administración es el órgano tutelar de esos intereses, porque está obligada a defenderlos. No se puede decir, pues, que el Estado, la Provincia o el Municipio, que han incluido en un contrato de adjudicación o de concesión cláusulas en favor del público, no tengan un interés suficiente para poder exigir su cumplimiento (y este es el caso de la excepción antes indicada a la regla general). La dificultad surge solamente del hecho de no ser siempre valuable en dinero ese interés.

Me parece que para dejar bien aclarado este punto es preciso distinguir varias hipótesis. Si se admite que esas cláusulas no atribuyen derecho alguno al público, no podrá dudarse de que la administración tenga acción, en caso de incumplimiento, para exigir resarcimiento de daños. Este resarcimiento estará constituido por una suma necesariamente no inferior al valor de la prestación que el promitente debería haber cumplido en favor del público. Así, por ejemplo, si un Municipio hubiese estipulado con una sociedad concesionaria de la iluminación pública y privada una rebaja en el precio del fluido al producirse determinadas circunstancias, dicho Municipio podría, en mi opinión, cuando no tuviera el público acción alguna para exigir esa rebaja, exigir el pago de una suma igual a la diferencia de los precios multiplicada por el número de kilowatios consumidos por el público después de

producidas las circunstancias expresadas en el contrato. En efecto: en este caso nos encontraríamos frente a un caso típico de compenetración del interés del estipulante con el interés del tercero, y la solución que propongo no presentaría dificultad alguna.

Pero la cuestión se complica notablemente cuando se admita que de las cláusulas en cuestión nazca un derecho auténticamente propio del público. En este caso se presentan como lógicamente posibles diversas soluciones. Ante todo, se podría negar toda acción al estipulante. Se podría argumentar así: la administración ha cumplido totalmente su misión al dar vida a la base jurídica de los derechos del público, y una vez obtenido este resultado, no existe interés alguno que justifique una acción suya contra el promitente (57). Pero, ¿no es evidente que esta tesis es completamente formularia? No basta que la administración haya creado el fundamento jurídico de los derechos del público; debe también proveer a que estos derechos puedan ser ejercidos eficazmente. La misión de la administración, en efecto, es el tutelar no sólo los derechos, sino también los intereses prácticos y reales del público. Teniendo esto en cuenta parece más lógico y conveniente el conceder a la administración el derecho a obrar contra el concesionario, aun cuando éste se halle también sometido a las acciones jurídicas del público.

Y, ¿cuál será el contenido más exacto de esta acción? En primer lugar, debe rechazarse que con ella puede intentarse obtener un resarcimiento de daños, porque si en teoría puede admitirse que cualquier esfera administrativa tenga, como persona jurídica, un interés en ver plenamente respetadas las disposiciones tomadas en general por ella en favor de sus administrados, ciertamente que el juez no puede estimar este interés en una suma de dinero. Sólo se podrá proveer a este propósito de un modo convencional mediante una *stipulatio poenae*. La acción, por tanto, no podrá dirigirse sino a uno de estos dos fines: o a obtener la constatación y declaración de la obligación de la sociedad concesionaria, dejando al cuidado y diligencia de los individuos que forman el público el hacerla valer después en su propio interés; o a obtener directamente la condena del concesionario frente a los individuos componentes del público.

La primera de estas soluciones ha sido consagrada por una sentencia

---

(57) Véase antes, págs. 112-113.



del Tribunal de Comercio de Mons, confirmada después por el Tribunal de Casación belga; la segunda, es la defendida por DELAMAIN, entre otros autores.

Se admite, por tanto, generalmente, que de las estipulaciones a favor del público pueden surgir dos acciones: una, propia del estipulante, y otra, de los múltiples individuos que constituyen el público considerado como tercero.

Pero, ¿cuál es propiamente el fundamento de la acción del tercero? La respuesta a esta pregunta depende de la interpretación dada a los artículos 1.121 del Código francés, y 1.128 del italiano. Para quienes estos artículos no constituyen un serio obstáculo al reconocimiento de la validez de cualquier contrato dirigido, según la intención de las partes, a atribuir un derecho a un tercero (UNGER, LAMBERT, TARTUFARI, etcétera), el problema no presenta ninguna dificultad; pueden y deben admitir que los terceros, comprendidos en la indicación genérica de *público*, adquieren siempre y sin más los derechos estipulados a su favor por el Estado, la Provincia o el Municipio.

Por el contrario, aquellos que creen que según el Derecho positivo francés e italiano, los contratos a favor de tercero sólo son válidos y atribuyen un derecho al tercero *excepcionalmente*, esto es, en los casos indicados en los citados artículos, la cuestión es más discutible, ya que se puede considerar que las excepciones admitidas en tales artículos no son aplicables a los contratos de la administración pública, en vista de su carácter público precisamente.

A mí no me parece admisible esta distinción. La concesión de un derecho de acción a los individuos componentes del público representa una intensificación de la tutela de sus intereses que, por no ser rigurosamente necesaria (ya que la administración tiene otros medios a su alcance para ello), no puede aceptarse sino de acuerdo con los principios fijados en la ley civil. Creo, pues, que los terceros beneficiados (público) sólo pueden adquirir acciones en los casos de los artículos antes citados (58). Y con esta opinión resolvemos también, implícitamente, la cuestión relativa a la naturaleza de estos derechos. No se trata, en mi opinión, de derechos públicos fundados sobre leyes o regla-

---

(58) Cfr. en este sentido: BRONDI, *Lezioni di Diritto Amministrativo*. R. Università di Torino, 1894-95, pág. 16.

mentos administrativos, como se ha mantenido por autorizados escritores franceses (59), sino de derechos fundados sobre el contrato realizado por la administración en favor del público, de acuerdo, precisamente, con las disposiciones del Código civil, antes citadas. No vale decir que el público no es tercero frente a la administración; cuando se habla de *público* se usa esa palabra solamente para indicar una suma de individuos indeterminada, pero no indeterminable; esto es: para indicar la suma de aquellos individuos que vendrán a encontrarse, a su tiempo, en las condiciones tenidas en cuenta en el contrato celebrado a su favor. Y no se diga, tampoco, que es difícil demostrar que la administración y el concesionario hayan tenido la positiva intención de atribuir un derecho al público. Esta intención sólo es necesaria para aquellos que aceptan, y creen aplicable también en el Derecho francés e italiano, la teoría de la validez de todo contrato a favor de tercero fundada en la voluntad de las partes (UNGER, LAMBERT, TARTUFARI, etcétera); pero no para quienes creen, como yo, que sólo son válidos aquellos contratos a favor de tercero que están expresamente reconocidos por la ley positiva, independientemente de la demostración de una precisa intención de las partes contratantes de atribuir un derecho al tercero (60).

El derecho del público, pues, tiene su fundamento en la ley civil (artículo 1.119 del Código francés, y 1.128 del italiano), y nace en las condiciones por ella establecidas (61). Tampoco en este punto podemos aceptar las limitaciones recientemente propuestas en consideración a la naturaleza administrativa del contrato en virtud del cual, según la ley, nace el derecho del beneficiario. Sostiene DELAMAIN, por estas consideraciones, que el derecho del público nace inmediatamente en el momento en que se celebra el contrato, independientemente de la declaración, por parte de los que constituyen el público, de quererse aprovechar de él; y que, viceversa, es siempre revocable por parte de la administración *a pesar de tal declaración*. Me parece que el eminente autor cae en un equívoco. Para poder alegar un derecho propio es preciso que el individuo demuestre estar en las condiciones fijadas en el

---

(59) DELAMAIN, ob. cit., págs. 187-190.

(60) Véase más adelante, págs. 229 y sigs. -

(61) DELAMAIN, ob. cit. pág. 204 y jurisprudencia allí citada.

contrato celebrado en su favor; ahora bien: el individuo no puede colocarse en tales condiciones más que con un acto que, expresa o implícitamente, demuestre su voluntad de quererse aprovechar de la cláusula incluida a su favor; por ejemplo: abonándose al agua potable, o al gas, la luz eléctrica y otras semejantes. Hacer que nazca el derecho del particular antes de ese momento no tiene sentido práctico. En cuanto a la revocabilidad de la cláusula en favor del público, es verdad que en principio debe admitirse; pero no basta para fundamentar la pretendida diferenciación del derecho del público frente al derecho de cualquier otro beneficiario, porque se trata de contratos continuados en virtud de los cuales el derecho del público se madura, por así decir, día a día. La revocación, pues, es posible en mi opinión; pero así como no perjudica los derechos ya adquiridos mediante aceptaciones *de praeterito*, así no puede decirse, correctamente, que venga a destruir aquellos derechos que sólo pueden llegar a perfeccionarse *de futuro*.

#### § 16. DE LA CAPACIDAD DEL TERCERO QUE DECLARA, Y A QUIÉN DEBE SER HECHA LA DECLARACIÓN

A fin de que el tercero pueda adquirir el derecho estipulado a su favor, es preciso, ante todo, que sea válido el contrato en que se ha estipulado, lo cual presupone la capacidad de las partes que le han dado vida, esto es: del estipulante y del promitente. Pero nuestra ley no se contenta con la existencia de un contrato válido celebrado en favor del tercero: exige que éste manifieste su voluntad de utilizar aquel derecho. Es natural, por tanto, el preguntarse qué capacidad se requiere para hacer esa declaración y a quién debe hacerse. La cuestión ha sido discutida en la práctica a propósito de una donación gravada con un *modus* a favor de las rentas episcopales, en la forma siguiente: El Obispo de la ciudad de Perigueux había donado a esta ciudad la suma de 3.000 francos con la obligación de emplear su renta en el sostenimiento de una escuela dirigida por los Hermanos de las Escuelas Cristianas. En el caso de que aquella escuela dejase de pertenecer o estar dirigida por dichos Hermanos, la suma donada debería restituirse a la Mitra. Y habiéndose producido ese hecho, el Obispo de Perigueux (no el donante, sino otro), pidió la restitución de la suma indicada. El Tribunal

decidió que el Obispo debía hacerse autorizar para obtener la inmisión en la posesión del beneficio. Pero mientras se llevaban a la práctica los trámites respectivos, intervinieron los herederos del Obispo donante para revocar la estipulación a favor de la Mitra, contenida en la donación hecha por el donante fallecido a la ciudad de Perigueux. Se trataba, por tanto, ante todo, de decidir si la declaración hecha por el Obispo reclamante en representación de la Mitra, de querer aprovecharse de la estipulación hecha en favor de la misma, contenida en la donación hecha a la ciudad de Perigueux, podía ser considerada como eficaz para convertir en irrevocable la estipulación (62), antes de que interviniese la autorización necesaria para que la Mitra entrase en posesión de aquel beneficio. Y el Tribunal de Apelación de Burdeos decidió, correctamente, esta primera cuestión, en sentido afirmativo (63).

Queda por ver ahora a quién debe ser hecha esa declaración. La ley italiana calla sobre este punto, y en su silencio podría creerse que puede ser eficaz, tanto si se hace al estipulante como al promitente. Pero, ¿qué efectos tendrá la hecha al estipulante respecto a las relaciones entre el promitente y el tercero? ¿Será suficiente para vincular al promitente cuando el estipulante, a pesar de la declaración del tercero, haya revocado después la estipulación frente al promitente mismo? El proyecto de Dresde, en su art. 209, establecía que el estipulante no pudiese librar de su obligación al promitente después de haber declarado el tercero su voluntad de querer disfrutar la estipulación hecha a su favor. Pero tampoco esta disposición habría podido (de convertirse en ley), borrar todas las dudas. Siempre se habría podido sostener que su efecto sería obligar al estipulante para con el tercero, pero no al promitente con éste (64).

Ante el silencio de la ley italiana, creo que sólo la declaración hecha

(62) Digo, a propósito, que se trataba de decidir sobre si la declaración del Obispo debía ser considerada válida a los efectos de la irrevocabilidad por parte del estipulante. Sin embargo, la cuestión habría podido plantearse en otros términos; esto es, si los herederos del estipulante tenían el derecho a revocar; y en este caso, en mi opinión, la respuesta debería ser negativa. Cfr. CHAMPEAU, ob. cit., página 250, y la pág. 209 de esta obra y sigs.

(63) Cfr. Cass. Florencia, 23 de febrero de 1911, comentada en la «Rivista di Diritto civile», año III, fasc. IV, pág. 575.

(64) Véase GÖMÖRY, ob. cit., pág. 172.

al promitente puede tener por efecto el hacer irrevocable la estipulación; la hecha al estipulante no podrá impedir que éste libere al promitente haciéndole creer que no se ha hecho la declaración. El tercero, por lo demás, podrá en tal hipótesis obrar contra el estipulante, por los daños que se le hayan podido causar.

§ 17. DE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE ACCIÓN DEL ESTIPULANTE Y EL DEL TERCERO (65)

De cuanto venimos diciendo en los párrafos precedentes resulta que, así como puede haber contratos a favor de tercero en los que éste no adquiera acción contra el promitente (y según los resultados de nuestras investigaciones, esto es lo general), así puede haber también contratos a favor de tercero que produzcan acción para el tercero y sólo para él. Para fundamentar la validez del contrato a favor de tercero sólo entre las partes contratantes hasta la existencia de un interés del estipulante en que se cumpla la estipulación convenida a favor del tercero, si bien es preciso que se trate de un interés pecuniario. Para fundamentar la validez de esos contratos en cuanto al tercero se refiere, en el sentido de que le atribuya un derecho de acción, es precisa una especial disposición legal. Así, son contratos válidos para el tercero, en el sentido de que le atribuyen un derecho de acción propio contra el promitente, los considerados en el art. 1.128 del Código civil; así como también otros tenidos en cuenta por disposiciones relativas a la renta del capital, a los seguros y al transporte, que examinaremos más adelante en la cuarta parte de esta obra. Sin embargo, puede suceder que un determinado contrato a favor de un tercero dé, al mismo tiempo, lugar a un derecho de acción a favor del tercero y del estipulante. Así sucede, por ejemplo, en los casos del art. 1.128, cuando el estipulante tenga un interés propio y pecuniario en el cumplimiento de la estipulación en favor del tercero. Y es preciso evitar en tales casos el confundir el fundamento jurídico del derecho del estipulante con el del derecho del tercero. Este tiene siempre su fundamento en la ley que lo hace surgir en determinadas condiciones. El del estipulante, en cam-

---

(65) Véase antes, en las págs. 110 y sigs. de esta obra.

bio, tiene su fundamento, como regla, en los principios generales referentes a la validez de los contratos entre las partes.

Equivocadamente, pues, se suele fundar a menudo el derecho del tercero, en los casos en que se admite, sobre el interés del estipulante; y aún se sufre mayor error si, al no poderse constatar y suponer en el estipulante más que un puro interés moral, se deduce que basta siempre un tal interés para fundamentar la validez del contrato entre las partes contratantes. La verdad es que para fundar el derecho del tercero no basta un interés cualquiera del estipulante, sino que es necesaria una disposición de derecho positivo, la cual, así como en cuanto existe, determina el contenido del mismo derecho del tercero, así también hace completamente superfluo el asignarle un especial fundamento teórico. En otros términos: el derecho del estipulante tiene exclusivamente su fundamento en el contrato; el derecho del tercero lo tiene en la ley que lo hace surgir, de modo subordinado, de un contrato dirigido a ese fin.

Entre estos dos derechos no existe, pues, *necesariamente*, relación alguna: cada uno nace independientemente del otro, y sólo accidentalmente pueden concurrir en un mismo contrato cuando éste, en cuya virtud atribuye la ley al tercero un derecho, sea *por sí mismo* suficiente para atribuir también un derecho al estipulante, por tener éste un interés propio y pecuniario en el cumplimiento del contrato a favor del tercero.

Dada esta hipótesis, surgen dos problemas: 1.º ¿Qué es lo que podrá pretender el estipulante del promitente? ¿Podrá exigir el cumplimiento a favor del tercero, o deberá considerarse satisfecho cuando haya sido declarado judicialmente el derecho del tercero? 2.º Cuando el tercero declare que no quiere beneficiarse con el derecho estipulado a su favor, ¿quedará liberado el promitente, o más bien estará obligado a cumplir al estipulante personalmente?

El primer problema ha sido bastante discutido en la doctrina más reciente (66); pero las discrepancias que sobre él se han producido pueden desaparecer, en mi opinión, distinguiendo y separando bien dos categorías de hipótesis que se confunden entre sí generalmente. En todos los casos en que la acción del estipulante tiene su fundamento ex-

---

(66) Véase TARTUFARI, ob. cit., pág. 132, y CHAMPEAU, ob. cit., pág. 128.

clusivo en el interés que tiene en el contrato estipulado a favor del tercero, me parece que no es posible atribuir al estipulante el derecho a exigir la ejecución en favor del tercero, sino solamente el derecho al resarcimiento de los daños por no haberse cumplido lo estipulado en el tiempo y en el modo convenido en el contrato, bien que el mismo contrato no haya de interpretarse (como sucede por principio en los casos del art. 1.128), en el sentido de que, si no se realiza la prestación al tercero en los términos convenidos en el contrato, deba realizarse al estipulante, junto con el resarcimiento del daño que éste haya podido sufrir por el incumplimiento al tercero. En las relaciones con el tercero, el promitente no asume más que una *obligación de hacer*, cuyo cumplimiento directo no puede exigir el estipulante (67).

Pero hay casos en que el derecho del estipulante tiene la misma base que el del tercero, por ser, igual que éste, una creación de la ley. Así es, por ejemplo, en el caso del derecho del remitente en el contrato de transporte a favor de tercero; y lo mismo sucede con el derecho del asegurado en el contrato de seguro a favor de un tercero. El remitente y el asegurado actúan, en efecto, contra el transportista y la compañía aseguradora, fundados en la ley reguladora de esos contratos, independientemente de la teoría general del interés. También el contenido de sus derechos, pues, está fijado por la ley a que deben su nacimiento.

En cuanto al segundo de los problemas enunciados, sólo tengo que recordar lo dicho anteriormente (68). Ante todo, será preciso interpretar la voluntad de las partes: cuando ésta no sea clara convendrá distinguir según que la prestación que deba efectuarse al tercero tenga, o no su fundamento en una prestación del estipulante al promitente. En la hipótesis afirmativa, la declaración del tercero, de no querer utilizar la estipulación hecha a su favor, no tendrá por efecto el liberar al promitente: éste quedará obligado a cumplir lo convenido al mismo estipulante.

---

(67) Cfr. de opinión contraria, CHAMPEAU, pág. 132.

(68) Véase antes, en las págs. 198-199 de esta obra.

## § 18. LA REPRESENTACIÓN Y LOS CONTRATOS A FAVOR DE TERCERO

Cada vez que se presenta en la vida práctica una nueva institución, inmediatamente intenta la ciencia jurídica darle una conveniente disciplina, recurriendo a las reglas, a los principios y a las instituciones que se encuentran ya en el sistema jurídico vigente. Y cuando todas las tentativas para hacer entrar la nueva institución en las formas jurídicas ya conocidas resultan infructuosas, la doctrina primero y la legislación después se aprestan a encontrar una nueva forma que se adapte a ella y que la ajuste a la perfección.

Esta nueva forma, creada para atender a la necesidad de una relación particular y concreta, viene a enriquecer así el sistema con una nueva institución en torno a la cual se inicia, pronto, todo un completo trabajo doctrinal para determinar su naturaleza jurídica y su verdadera esfera de aplicación.

Uno de esos fenómenos se ha producido con el contrato a favor de tercero. La nueva institución de la vida práctica que ha dado más ocasión al movimiento doctrinal y legislativo en torno al contrato a favor de tercero ha sido el seguro de vida. La actividad de los autores se ha manifestado, primero, en una serie de teorías encaminadas a reducir ese contrato de seguro a una u otra de las categorías jurídicas ya existentes (oferta contractual, representación, cesión, etc., etc.); pero resultando inútiles e infecundas todas las tentativas hechas en ese sentido, se ha reconocido, al fin, que no es posible regular adecuadamente las relaciones del seguro a favor de tercero sin admitir para él la validez del contrato a favor de tercero.

Así se ha consolidado decididamente, *rebus ipsis dictantibus*, el principio de la validez del contrato de seguro a favor de tercero, independientemente de la aceptación de éste y de toda idea de representación del mismo por parte del asegurado. De este modo, la doctrina primero y a continuación la legislación, han reconocido *la validez de un especial contrato a favor de tercero*.

Pero el movimiento así iniciado no podía detenerse en este punto. Dada la validez de uno o más contratos concretos a favor de tercero, era muy natural preguntarse si esa validez era algo excepcional o si no sería más bien la manifestación de un principio más general, que esta-



ba madurando lentamente en la evolución del sistema jurídico, por el cual fuese concedido a las partes contratantes, de ahora en adelante, el poder estipular válidamente en favor de tercero. La cuestión ha sido vivamente discutida, como hemos visto en el curso de esta obra, y resuelta por la mayoría en el sentido de reconocer la validez de todo contrato a favor de tercero. Sobre todo en la doctrina y en la legislación germánicas (69).

Pero he aquí que, una vez decidida esta primera cuestión, surge otra más delicada y grave, que aun hoy, después de tantas discusiones doctrinales, no se puede decir que esté resuelta definitivamente. Es ésta: ¿cómo se distinguen los contratos a favor de tercero de los contratos celebrados por medio de representante? El Derecho romano no admitía, en principio, la llamada representación directa, y menos aún admitía la validez de ningún contrato a favor de tercero. Por tanto, para el Derecho romano, el problema que acabo de plantear no tenía la menor importancia, ni razón de ser; pero las cosas suceden de muy distinta manera en el Derecho moderno, en el que la representación directa está admitida universalmente. En el Derecho moderno, en el que se admite, junto al contrato celebrado válidamente por el representante de un tercero, el celebrado a favor de un tercero por uno de los contratantes que no es su representante, es absolutamente necesario determinar en qué y por qué rasgos diferenciales se distinguen esos dos contratos.

La doctrina jurídica ha comprendido muy bien esa necesidad. «Es evidente —escribe ZIMMERMANN, el autor que ha tratado esta cuestión con mayor cuidado—, que el problema consiste en esto: tanto en los contratos a favor de tercero como en los celebrados por medio de representante, la intención de las partes es *que el tercero adquiera un derecho propiamente suyo*; en ambos casos el tercero se halla puesto en seguida *in obligatione* y no sólo *in solutione*; en ambos se produce en suma, y para servirse de la eficaz expresión de JHERING, una separación, un distanciamiento entre *causa* y *efecto*».

¿En qué consiste, pues, la diferencia entre ambos casos? (70).

La primera respuesta a esa pregunta es la siguiente: cuando el con-

---

(69) DNIESTRANSKI, *Die Aufträge zu Gunsten Dritter*, vol. I, págs. 51 y sigs.

(70) ZIMMERMANN: *Die Lehre von der Stellvertretende Negotiorum Gestio*. Strasburgo, 1876.

trato es celebrado por el estipulante *en su propio nombre, pero a favor del tercero, estamos ante un verdadero contrato a favor de tercero; cuando, por el contrario, el estipulante contrata a nombre del tercero, se está frente a un contrato celebrado mediante representante. O en otros términos: en el contrato a favor de tercero éste no puede ser considerado como contratante, mientras que puede y debe serlo el tercero representado (71). Pero no es difícil discernir, inmediatamente, el punto débil de esta teoría. Es una teoría que sólo tendría valor si estuviera admitido universalmente que, en los contratos celebrados mediante representante, el verdadero contratante es el representado; pero como, por el contrario, hoy está universalmente admitido lo contrario, eso basta para tener que reconocer que tal teoría no sirve.*

No es mejor, en el fondo, la fórmula más complicada de UNGER (72), según la cual *«el representante contrata en nombre del representado, y el contratante a favor de tercero en nombre propio; el representante contrata en lugar del representado y en servicio suyo, y el contratante a favor de tercero contrata no en vez del tercero, sino para el tercero y en su provecho; aquél gestiona, o realiza, un negocio ajeno, éste un negocio propiamente suyo; el representado contrata por medio del representante, y el tercero adquiere por medio de quien contrata a su favor»*. Esta fórmula ha sido justamente criticada por ZIMMERMANN como imprecisa y no decisiva. En efecto, no se puede negar que el representante también contrata, en un cierto sentido, a favor del representado, y que, viceversa, también el contratante a favor de tercero, en un cierto sentido, sustituye a éste obrando en su lugar (73).

Rechazadas estas dos primeras tentativas de diferenciación acabadas de exponer, ZIMMERMANN se une a BÄHR y a REGELSBERGER para sostener que la verdadera esencia del contrato a favor de tercero, en contraposición al contrato mediante representante, se encuentra en esto: que la obligación asumida por el promitente para con el tercero tiene

(71) Así WINDSCHEID, *Pandekten*, II, § 316 a, nota 1. En contrario: DERNBURG: en la recensión a la obra de BUCKA, *Die Lehre von der Stellvertretung*, en el «Heidelb. Krit. Zeitschrift», vol. I, pág. 7 y sigs., 1853; LABAND, *Zeitschrift für Handelsrecht*, X, págs. 194-195; BRINZ, *Pandekten*, IV, § 584.

(72) UNGER, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, en el «Jahrbücher für die Dogmatik», vol. 10, pág. 61.

(73) ZIMMERMANN, ob. cit., págs. 67-69, y LEONHARD, ob. cit. págs. 8-9.

siempre su causa en una relación entre el estipulante y el promitente; o sea, en otros términos, como ya escribía BÄHR (74): *die Causalbeziehung des Versprechens (das Warum? aus welchem versprochen wird) in dem Verhältniss des Promittenten zu dem Promissar (nicht zu dem Dritten) gelegt ist.*

A esta teoría se adhiere también GAREIS (75), aunque con ligeras variantes que no alteran su significado esencial; pero ha sido ZIMMERMANN quien le ha dado su desarrollo más completo (76). En la representación —concluye este autor— al obligarse el promitente respecto al representado, por medio del representante, realiza una prestación patrimonial al representado mismo (o sea al principal del representante), y *persigue*, por tanto, una *causa* (gratuita u onerosa) frente al representado. El representante actúa como quien, verdadera y efectivamente, sustituye al principal en el acto de contratar. No hay en este caso prestación alguna del representante, como tampoco la hay (necesariamente al menos) del representante a su principal. En el contrato a favor de tercero, por el contrario, se contienen dos prestaciones económicas: una del promitente al estipulante, y otra de éste al tercero. Cada una de ellas tienen su *causa* propia. No hay prestación del promitente al tercero (77).

He intentado resumir la doctrina de estos últimos autores con una cierta amplitud, por una parte, porque contiene observaciones sutiles y fecundas, y por otra, porque ha logrado conquistar terreno dentro del régimen del nuevo Código civil alemán. Pero no por ello me parece que, ha resuelto el problema; lo ha desplazado, sencillamente.

Dos preguntas surgen, en efecto: ¿cómo distinguir en la práctica los casos en que la *causa* de la obligación asumida por el promitente está en la persona del estipulante de aquellos en los que, por el contrario,

(74) *Die sog. Verträge zu Gunsten Dritter*, en el «Jahrbücher für die Dogmatik», vol. 6, pág. 136.

(75) *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, págs. 210-222. Cfr. HELLWIG, ob. cit., páginas 48-54.

(76) Ob. cit., pág. 78 y sigs.

(77) Cfr. también, LEONHARD, *Die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten*, 1892, págs. 27-30, y SCHLOSSMANN, *Stellvertretung*, I, páginas 57-69. Y de opinión contraria, WINDSCHEID, *Pandekten*, II, § 316, núm. 3, y BESELER, *Deutsches Privatrecht*, pág. 486.

está en la persona del tercero en cuyo favor se ha contratado? Yo puedo asegurar la vida a favor de mi mujer por encargo suyo y con los frutos de sus bienes no dotales administrados por mí: ¿acaso por tal motivo el contrato de seguro realizado por mí a su favor dejará de ser tal para convertirse, por el contrario, en un contrato celebrado por mi mujer por mi medio? Y viceversa: si yo pacto con el comprador de un fundo de mi propiedad, en el acto de la compra-venta y como condición de la misma, que el comprador se obliga a ceder a Caio, mediante un cierto precio y durante diez años, la cosecha de uva de la finca vendida, por habérmelo así encargado el dicho Caio, que me había provisto del dinero necesario, ¿acaso será necesario reconocer en este caso que se trata de un contrato a favor de tercero más bien que de representación? ¿Y quién podrá impedir a quien compra un objeto y pacta en el acto de la compra que sea entregado a un tercero, que obre, al establecer este pacto, en nombre de ese tercero y en su representación? Pero si el estipulante, también cuando es él quien pone la *causa* de la obligación que el promitente asume respecto al tercero, puede obrar como representante de ese tercero, ¿cómo podrá rechazarse en cualquier otro caso el averiguar la verdadera voluntad del estipulante en el acto de estipular para el tercero?

La verdad es que la representación es una institución jurídica completamente formal. Existe representación cuando una persona actúa *en nombre de otra que para ello le autoriza*; y poco importa que la causa sustancial del derecho que el representante hace adquirir al representado sea ofrecida al promitente a expensas del mismo representante o del representado. Esta circunstancia se refiere exclusivamente a las relaciones internas entre representado y representante. Pero si es así es preciso concluir que no es posible distinguir los contratos a favor de tercero de los celebrados por medio de representante, apoyándose en el criterio propuesto por BÄHR y por REGELSBERGER, y desarrollado después por ZIMMERMANN (78).

La teoría de estos autores, por prescindir de las consideraciones de índole práctica expuestas, tiene otro grave defecto: Se halla afectada por una íntima contradicción; porque mientras parte del principio de la validez de todo contrato a favor de tercero, en virtud de la volun-

---

(78) Cfr. GÖMÖRY, ob. cit., § 5, y HASENNHÖRL, *Oblig.*, I, pág. 463, núm. 6.

tad de los contratantes, termina después por no reconocer como contratos válidos a favor de tercero más que aquellos en que la estipulación a favor del tercero tenga su *causa* en una prestación del estipulante al promitente. Pero, una de dos: o se admite que el derecho del tercero tiene su fundamento en la voluntad de las partes contratantes, y entonces no es lícito exigir después, para que nazca, algún requisito ulterior, o bien se cree que sólo son válidos aquellos contratos a favor de tercero en los que la estipulación tenga su causa en una prestación del estipulante al promitente, y en ese caso ya no es necesario exigir que las partes contratantes hayan tenido una específica intención de atribuir un derecho al tercero. En aquella hipótesis resurge el problema de la distinción en toda su importancia; en la segunda queda eliminado, naturalmente, por el hecho de encontrarnos en este caso frente a contratos especiales reconocidos como válidos en virtud de disposiciones de Derecho positivo (consuetudinario o legislativo, poco importa), y no frente a la institución general del contrato válido a favor de tercero.

Es evidente, pues, que no es posible decidir, en abstracto, cuál de esas alternativas debe admitirse. En mi opinión, se trata de un problema de derecho positivo. En Alemania, antes de la reciente legislación, se podía sostener una u otra por la incertidumbre de su derecho positivo, precisamente. Después de la publicación del Código sólo con un esfuerzo evidente puede sostenerse que sólo sea contrato válido a favor de tercero aquel en que el estipulante estipula por sí mismo, aunque destinando a un tercero el derecho así adquirido, como hace con gran acopio de doctrina e ingenio HELLWIG. Esa interpretación viene a reducir el § 328 del Código civil alemán en su extensión hasta adaptarlo a los límites, bien restringidos por el contrario, de los arts. 1.121 del Código civil francés y 1.128 del italiano. Se trata, en suma, de una interpretación que salta por encima de todo aquel movimiento doctrinal que ha encontrado en el Código civil alemán una manifiesta confirmación.

Sin embargo, no nos extraña que un jurista del valor de HELLWIG llegue a tales conclusiones, ya que estamos convencidos de que el legislador alemán ha seguido un camino falso al tratar de los contratos a favor de tercero. Y así, es altamente instructivo e interesante ver cómo la más reciente doctrina germánica se levanta vigorosamente con-

tra la ley en sus comentarios, para eliminar la figura jurídica del contrato a favor de tercero, válido en virtud de la voluntad de las partes contratantes, como superflua y peligrosa. En ello me parece encontrar la más significativa confirmación de las críticas que he dirigido antes contra la teoría germánica de los contratos a favor de tercero. Esta teoría, que logró imponerse en toda su plenitud y en su forma más exagerada en el primer Proyecto del Código civil alemán, y que fué acogida en su redacción definitiva, aunque reducida y comprimida, no logra, ahora, ni aun en esa forma, sustraerse a la reacción del buen sentido.

Veamos ahora cómo se presenta el problema de las relaciones entre la institución de la representación directa y los contratos a favor de terceros en nuestro Derecho positivo.

Ante todo, es preciso hacer una distinción. Para aquellos que han creído poder trasplantar a nuestro sistema jurídico el principio de la absoluta validez de todo contrato a favor de tercero en virtud de la voluntad de las partes contratantes, a pesar de las disposiciones expresas de los arts. 1.128 y 1.130 del Código civil italiano, el problema resurge en los mismos términos que se plantea para el Derecho común alemán y que ya han sido expuestos en todas sus vicisitudes, sin posibilidad, a lo que parece, de una solución segura. Por el contrario, para los autores que mantienen firmemente el principio de la nulidad de todo contrato a favor de tercero, admitiendo sólo la validez de aquellos casos particulares reconocidos por especiales disposiciones de Derecho positivo (ley o costumbre), el problema se presenta bajo muy otro aspecto, y es susceptible de una solución precisa y satisfactoria.

Esta solución consistirá en decir que la representación directa es la institución de carácter más general, que como tal, puede servir también para dar una regulación conveniente, o al menos suficiente, a *todos aquellos contratos a favor de tercero que no hayan sido aún regulados especialmente mediante disposiciones de Derecho positivo*. O en otros términos: deberá decirse que, junto al principio jurídico en virtud del cual nuestro Derecho admite que una determinada persona, llamada representante, pueda sustituir activa y pasivamente en la celebración de un contrato a otra, llamada representado, haciendo que se verifiquen a favor y a cargo de ésta los efectos del contrato mismo, no está admitido, como principio general también, que se pueda estipular válida-

mente a favor de un tercero haciendo que éste adquiriera un derecho propiamente suyo, no habiendo sido representado en el contrato. Este segundo principio, si se admitiera, constituiría una duplicación inútil (79). Sólo en los casos excepcionales, particulares y típicos, en los que la institución de la representación resulte inadecuada para dar una disciplina conveniente a ciertas relaciones, ha intervenido, y podrá intervenir siempre, el Derecho positivo (ley o costumbre) para dar a los mismos una regulación particular. Nuestro Derecho no ha reconocido, pues, como válido el contrato a favor de tercero en virtud de la voluntad de las partes, sino que sólo lo reconoce como válido en casos particulares aislados, dando a cada uno de ellos su propia regulación. La relación entre la representación y los contratos a favor de tercero no es la relación entre dos instituciones generales afines, aunque distintas, sino la relación entre una institución general (la representación) y los particulares contratos especiales que tienen efecto, *ex lege*, a favor de terceros.

Llegamos en esta cuestión, pues, a un resultado colocado entre dos soluciones extremas: entre la doctrina que proclama la validez de todo contrato a favor de tercero, haciendo de ésta una institución paralela a la representación, y la doctrina opuesta que niega la existencia de contratos a favor de tercero que no puedan ser incluidos en la esfera de la representación (80).

Creo, en efecto, que existen contratos singulares a favor de tercero válidos, independientes de la representación, aunque siempre deba acudir a la representación para regular aquellos contratos a favor de tercero, no típicos, que no necesitan, o que no han logrado aún conquistar, una disciplina jurídica positiva propia y característica. La figura jurídica del contrato a favor de tercero surge, pues, y sólo tiene legítima razón de existir, en aquellos casos en que la aplicación de la representación resulte inconcebible en la teoría o insuficiente en la prác-

---

(79) Véase EHRENZWEIG, *Die sogenannten zweigliedrigen Verträge*, págs. 6-7.

(80) Cfr. SAVIGNY, *Oblig.*, II, pág. 82; HIEMBACH, *Rechtslexicon*, s. v. *Vertrag*, vol. XII, pág. 828; OCONOWSKI, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 1876, páginas 96-101; LEMAYER, en la *Allgemeine Gerichtszeitung*, 1869, págs. 342 y siguientes, y DEMOLOMBE, *Des contrats*, I, pág. 236.

tica. Cuando no sea así, la intitución de la representación impera exclusivamente.

Quien condena la teoría de la representación como inadecuada para regular los contratos a favor de tercero fundándose para ello en que no logra regular adecuadamente algunos contratos típicos a favor de tercero, como, por ejemplo, los de seguro, o de transporte (GAREIS, obra citada, pág. 89), cae en un error fácilmente refutable. No todos los contratos a favor de tercero se pueden comparar, y menos equiparar, a esos dos citados. El haber demostrado que la representación no puede adaptarse a esos dos, no significa, precisamente, que se haya demostrado que no sea adaptable a todos aquellos otros contratos, no típicos, que no exigen una regulación especial, por no tener una índole y función económico-social especiales. Para todos estos casos, pues, no es necesario pedir la creación de una nueva institución jurídica: les basta la tutela que les puede ofrecer la representación ya existente.

Sin embargo, contra esta aplicación de la representación se han presentado algunas objeciones (81). Y así se ha dicho: para que pueda decirse que el estipulante haya representado al tercero es preciso demostrar que ha contratado *en nombre de éste*. Y no basta esto: es preciso demostrar también la existencia de un título de representación válido. Ahora bien, la constatación de estos dos requisitos presenta, o puede presentar, en la práctica, graves dificultades. Además, por lo que se refiere al título de la representación, se ha afirmado que su existencia implica, siempre, un acto que excluye el negocio jurídico de la esfera de los contratos a favor de tercero propiamente dichos. Y, principalmente, en virtud de esta dificultad que presentaría la aplicación de la representación a los contratos a favor de tercero es por lo que se ha intentado excluirla de ellos, creando en su lugar la nueva figura jurídica del contrato a favor de tercero.

Pero también en esto, si no me engaño, se ha dado cuerpo a lo que sólo es una sombra.

Por lo que se refiere al requisito del *alieno nomine agere* se debe ob-

---

(81) Debe tenerse en cuenta que estas objeciones eran dirigidas en masa contra la tentativa de hacer entrar dentro de la representación todos los contratos a favor de tercero, incluso aquellos que reclamaban, y que obtuvieron seguidamente. una regulación especial y propia.



servar, ante todo, que difícilmente habrá en la práctica quien contratando a favor de un tercero declare expresamente que lo hace *en nombre propio*. En la práctica sucederá, más fácilmente, que aquel que contrata realmente a favor de tercero declare también que lo hace en su nombre, porque el elemento sustancial y económico prevalece, por lo general, en la mente de los contratantes sobre el elemento formal y jurídico. Pero aun prescindiendo de esto, la dificultad no es tan grave como se pretende. En la vida real, sólo podrán presentarse estas tres hipótesis: o quedará excluido absolutamente que el estipulante haya querido representar al tercero; o esa representación será cierta; o, en fin, será dudosa. Ahora bien: en la primera hipótesis (que por lo demás se presentará muy raramente), cuando el contrato no se halle comprendido en el número de las excepciones establecidas por la ley, deberá tenerse por nulo; en la segunda, por el contrario, al existir un título de representación, deberá reconocerse como válido. Por tanto, en ambas hipótesis no existe ninguna duda ni dificultad graves. Toda la atención debe, pues, concentrarse en la tercera hipótesis. En ella deberá buscarse, en mi opinión, en cada caso si el estipulante puede ser, o no, considerado naturalmente como contratante a favor del tercero. O sea, que no creo lícito y oportuno formular presunción alguna a este propósito. Las circunstancias que hayan acompañado al contrato, el fin del mismo, la consideración de las relaciones existentes entre el estipulante y el tercero, ofrecerán, en la gran mayoría de los casos, elementos suficientes para una seria y fundada decisión; y según que esta decisión sea favorable o contraria a la admisión de una intención representativa en el estipulante el contrato será válido o nulo.

Y si contra esta solución del problema se alegase que muchos contratos pueden ser declarados nulos en virtud de la misma cuando, por el contrario, podrían ser reconocidos como válidos en homenaje a la presumible voluntad de los contratantes de hacer algo serio y eficaz al contratar, es fácil responder victoriosamente. Según la doctrina moderna sobre el contrato a favor de tercero, para que un tercero adquiriera una acción contra el promitente es preciso demostrar que esa adquisición de la acción, por parte del tercero, se ha hecho de acuerdo con la voluntad de los contratantes. Ahora bien: siempre que sea demostrable la existencia de esa voluntad exactamente, sin que resulte que el estipulante quiso contratar expresamente *nomine proprio*, ¿no se

tendrá con ello un elemento suficiente para admitir en él la intención de representar al tercero? No puede decirse, pues, que la representación ofrezca, en este aspecto, a los contratantes en favor de tercero, una tutela menor que la que les ofrecería, una vez admitido, el nuevo principio de la validez de todo contrato a favor de tercero.

En cuanto se refiere a la segunda objeción que se hace contra la aplicación de la representación a los contratos no típicos a favor de tercero, puede responderse que, si bien es fundada en parte, no es concluyente por ello, y, en cambio, es ciertamente errónea en parte también. Está fundada en cuanto destaca la necesidad de probar la existencia de un título de representación, y en cuanto sostiene que, colocando este título en la ratificación del tercero, se sale de la esfera de los verdaderos contratos a favor de tercero en el sentido de la doctrina moderna. Pero tal objeción no tiene importancia, porque cualquier teoría general sobre el contrato a favor de tercero que quiera estar construída de acuerdo con los elementos legislativos ofrecidos por el Código italiano, no puede menos de exigir, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1.128 del Código civil, un acto cualquiera por parte del tercero. Y, en cambio, es errónea, absolutamente, en cuanto cree que, excepto el mandato, sólo la ratificación puede constituir un título legítimo de representación.

El *utiliter coeptum*, en efecto, está reconocido en el art. 1.144 del Código civil italiano como título de representación equivalente a la ratificación y al mandato. Dispone este artículo :

«Si el negocio fué bien administrado, el interesado debe cumplir la obligación contraída por el administrador en su nombre, mantenerlo indemne de aquellas que ha asumido personalmente y reembolsarle de los gastos necesarios y útiles con sus intereses desde el día en que fueron hechos.»

En él se encuentra admitida la representación directa pasiva en virtud de un *utiliter coeptum*; no se podría encontrar un motivo satisfactorio para rechazar que la representación directa activa se produzca por ese mismo título. Es conveniente, pues, admitirla. Frente a una estipulación hecha en favor de tercero deberá buscar el juez, ante todo, si esa estipulación puede ser considerada como hecha *a nombre del tercero*; después de haberse convencido de eso, deberá averiguar si el acto de contratar por parte del estipulante puede ser considerado en rela-

ción con el tercero como un *utiliter coeptum*. Y cuando ambas averiguaciones le conduzcan a un resultado afirmativo, deberá reconocer que el tercero tiene derecho a obrar contra el promitente; cuando sólo sea afirmativo el resultado de la primera, deberá reconocer que el derecho del tercero depende de un acto suyo de ratificación.

Conocidas son, y hoy famosas, las palabras con las que DEMOLOMBE intentaba caracterizar las relaciones entre la representación y los contratos a favor de tercero. «La teoría de la gestión de negocios —escribía— se relaciona, en efecto, de modo particular con la teoría de las estipulaciones en favor de otro; existe entre ellas una especie de lucha en la que esta última ha recibido ya rudos golpes, y en la que bien podría suceder que acabara por sucumbir.»

De nuestro estudio se deduce que no se ha confirmado esa predicción. La representación y el contrato a favor de tercero no son dos instituciones que se combaten, sino que se completan como dos instrumentos diversos dirigidos al mismo objeto: *Donde no basta la representación, surge el contrato a favor de tercero*. La esfera de aplicación de éstos es limitada, ya que no son numerosas las relaciones que no encuentren su regulación adecuada en las normas propias de la representación; pero es una esfera independiente y autónoma, y sería injustificado y perjudicial el querer suprimirla. Dentro de su esfera de aplicación no se manifiesta el contrato a favor de tercero de un modo uniforme; cada contrato válido a favor de tercero tiene su fisonomía propia, su índole y sus efectos. El querer sacar de la regulación dada por la ley a los casos reconocidos por ella los rasgos que tienen comunes y querer construir así reglas generales de aplicación a otros casos, es un proceso injustificado y estéril.

No quiero afirmar con esto que la serie de los contratos a favor de tercero, reconocidos como válidos por la ley italiana, deba considerarse como cerrada definitivamente. De una parte creo que puede admitirse, aunque usada con racional cautela, la extensión analógica de todo contrato especial reconocido; de otra parte, debe reconocerse que la vida, siempre fecunda en nuevas formas jurídicas, *usu diuturno et necessitate urgente*, podrá exigir el reconocimiento de otros nuevos contratos a favor de tercero.

Pero volviendo a un tema ya destacado otras veces, diré, para concluir, que la doctrina debe seguir a la vida en esta su fecunda evolu-

ción, y no precederla ni pretender regular a su arbitrio relaciones que sólo la ley está llamada a regular. La ciencia jurídica deberá limitarse a pedir la intervención del legislador cada vez que la representación se manifieste insuficiente para regular convenientemente las nuevas relaciones que hasta entonces había regulado. Y así, lentamente, sin violentas sacudidas y sin inoportunas impacencias, se enriquecerá el sistema jurídico con nuevas formas que se ajustarán exactamente a nuevas relaciones y nuevas instituciones, existentes no sólo en la imaginación de los doctos, sino también en la realidad de la vida.

CUARTA PARTE  
LOS CONTRATOS ESPECIALES A FAVOR  
DE TERCERO



## CAPITULO PRIMERO

# EL CONTRATO DE TRANSPORTE A FAVOR DE TERCERO <sup>(1)</sup>

### § 1.º INTRODUCCIÓN

De cuanto hemos expuesto hasta aquí resulta claro que las excepciones al principio de la nulidad de los contratos a favor de tercero, comprendidas en el art. 1.128 del Código civil, no son tales *en el sentido de la doctrina moderna*. En efecto, si bien adquiere el tercero por ellas un derecho contra el promitente, no es directamente y por sí propio, sino derivándolo del estipulante (según la distinción hecha antes); y, además, lo adquiere sólo mediante la condición de haber declarado que quiso aprovecharse de la estipulación realizada en su favor, e independientemente de toda voluntad específica de las partes contratantes dirigida a ese fin.

Debemos preguntarnos ahora si, aparte de esas excepciones que podríamos llamar *impropias*, no se pueden admitir otras, independientemente de los requisitos exigidos por el art. 1.128. La respuesta no creo que pueda ser dudosa; pero, sin embargo, es necesario detenerse sobre esta cuestión, porque ofrece ocasión a consideraciones de índole y trascendencia más general.

Ya hemos reconocido que en el movimiento doctrinal sobre los contratos a favor de tercero que, iniciado en Alemania, se ha difundido

---

(1) Véase de modo especial, MANARA, *Il destinatario nel contratto di trasporto secondo il Codice di commercio* («Rivista per le Scienze giuridiche», VI, págs. 1-88); MARCHESINI, *Il contratto di trasporto delle merci per ferrovia*, vol. 2.º, Vallardi, Milán; VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. IV; BRUSCHETTINI, *Del contratto di Trasporto*; en el comentario al Código de Comercio editado por Vallardi; PIPPIA, *Il trasporto ferroviario e il contratto di trasporto*. Milán, 1907; OTTOLENGHI, *Lo stato e il contratto di trasporto ferroviario*, Turín, 1907.

después por todo el continente, hay un fondo de verdad. Y este fondo de verdad consiste en que se ha reconocido la necesidad de admitir que, en algún caso típico de contrato a favor de tercero, surja un derecho autónomo para el mismo tercero, independientemente de toda aceptación o declaración suya, e incluso aun en caso de ignorancia por su parte. Pero nos apartamos decididamente de la doctrina dominante en Alemania al valuar ese núcleo o fondo de verdad que en ella existe.

Mientras según los propugnadores de la doctrina germánica la innovación deducida de las fuentes germánicas tendría un valor general y alcanzaría la esfera de la posible validez de todo contrato, en mi opinión debe atribuírsele un alcance mucho más limitado. Según mi opinión, el derecho germánico sólo ha reconocido en pocos casos concretos, y en virtud de su especial función económicosocial, que del contrato pueda surgir para el tercero un derecho autónomo en virtud de la voluntad de las partes contratantes solamente, e independientemente de toda forma de aceptación o adhesión por parte del mismo tercero. O sea, que no ha reconocido en el campo de los principios la validez de todo contrato a favor de tercero, sino solamente la validez de determinados contratos típicos.

Una vez sentado esto, el problema para el derecho italiano no puede consistir en averiguar si entre nosotros ha sido admitido el principio de la validez de todo contrato a favor de tercero, sino, por el contrario, si se han reconocido como válidos determinados contratos a favor de tercero en el sentido de la doctrina germánica. Para resolver este problema es necesario examinar las disposiciones relativas a los mismos, y en ausencia de tales disposiciones será preciso averiguar si ha podido formarse, respecto a ellos, un derecho consuetudinario. Y eso vamos a intentar hacer para los casos más importantes, intentando delimitar el campo de aplicación del art. 1.128, negativamente incluso; o sea, indicando cuáles son los contratos a favor de tercero que, en mi opinión, se sustraen a su esfera de aplicación.

## § 2.º DEL CONTRATO DE TRANSPORTE EN GENERAL

Contrato de transporte es aquel por el cual una persona, llamada *remitente* o *expedidor*, entrega una cosa a otra llamada *transportista*, que asume la obligación de transportarla, o hacerla transportar, de un lu-



gar a otro y entregarla, o hacerla entregar, a la persona indicada. Considerado en su esencia, verdaderamente fundamental, este contrato se presenta como una especie de contrato de arrendamiento, en cuanto el transportista se obliga a prestar un servicio suyo (*locatio operarum*), o, al menos, el resultado de un conjunto de actos y de operaciones que implican un trabajo (*locatio operis*). Pero la especialidad del objeto de esta forma de arrendamiento, y su gran importancia económica y social —importancia enormemente aumentada e intensificada con la aplicación del vapor y de la electricidad como medios de tracción—, han hecho necesario dar al mismo una regulación completamente propia, por la que se le han añadido elementos propios de otros contratos, y, al fin, se ha confirmado su naturaleza de contrato *sui géneris*, regido por disposiciones propias. Esta transformación del contrato de transporte original (arrendamiento de servicios o servicio), en un contrato nuevo y *sui géneris*, así como su progresivo aumento de importancia, salta a la vista en cuanto se comparan las leyes más antiguas que lo regulaban con las más recientes.

Mientras el Código civil sólo habla del transporte en el título del arrendamiento, en el Código de Comercio se encuentra regulado en un título, el XIII, independiente; y también son más amplias y minuciosas las disposiciones que a este contrato ha dedicado el legislador al tratar del transporte ferroviario, que es, con mucho, el más frecuente e importante.

Mientras en el Código civil domina aún como soberana la voluntad de las partes, en el Código de Comercio se halla ésta muy coartada, y casi llega a desaparecer, frente a algunas disposiciones imperativas de las leyes ferroviarias; fenómeno éste que puede expresarse también diciendo que, en materia de transportes, *el elemento contractual* ha cedido siempre frente al *elemento institucional*.

Graves dificultades surgen en el campo doctrinal en relación con la esfera de aplicación de las varias disposiciones legislativas que acabamos de citar. Ante todo, se pregunta cuándo se ha de aplicar el Código civil y cuándo el de Comercio. Algunos autores han sostenido que las disposiciones del de Comercio sólo deben aplicarse a aquellos transportes que se realizan por empresas o por profesionales a ellos dedicados; pero se ha rechazado esta opinión y se ha afirmado que no se puede *rechazar de modo absoluto*, que también a un transporte que tenga carácter civil se pueda aplicar las normas del título XIII del Código de

Comercio, y que más bien es una cuestión de interpretación de hechos y de voluntad el decidir si las partes han querido estipular un contrato auténtico de transporte o más bien un simple arrendamiento.

Más grave es el problema referente a las relaciones entre el Código de Comercio y las leyes sobre transporté ferroviario. Autores eminentes tienden a hacer prevalecer éstas sobre aquél. Así, por ejemplo, dice VIVANTE (2): La gran abundancia de disposiciones legislativas sobre esta materia se simplifica y ordena teniendo en cuenta los dos principios ordenadores del Derecho privado, según los que la ley especial posterior deroga la ley general y anterior. Por la fuerza de estos principios, el Código de Comercio ha cedido siempre el paso a las leyes especiales. El convenio de explotación y las Tarifas de los transportes ferroviarios de 27 de abril de 1885 contienen casi integralmente estos principios: *el Código de Comercio sólo tendrá valor supletorio para llenar las lagunas posibles de este convenio y de estas tarifas*. Lo mismo puede decirse de la reciente ley de 17 de abril de 1925.

Pero a mí me parecé que no debe seguirse esa dirección. La ley fundamental en materia de transporte, en mi opinión, es el Código de Comercio, puesto que éste es quien ha creado, como autónomo y *sui generis*, el contrato de transporte. Podrá admitirse, pues, que también en materia civil deban aplicarse las disposiciones del Código de Comercio cuando resulte que las partes han querido, precisamente, celebrar un contrato de transporte y no uno de arrendamiento; pero, en cambio, conviene ser muy cautos en extender los principios establecidos en las leyes ferroviarias para el transporte por ferrocarril a los transportes comunes: este procedimiento choca, en mi opinión, contra el principio fundamental de que *la ley posterior especial no deroga la ley anterior general*. Mientras que, por el contrario, cuando la ley posterior especial calla, tiene plena aplicación la general.

No creo de valor la observación contraria de que por ser el transporte por ferrocarril el más frecuente, la ley que lo regula asume el carácter de una ley general. Por muy frecuentes que sean los transportes por ferrocarril, sólo son *una clase de transporte*, y la ley que los regula es una ley especial. De todo ello se deduce que conviene hacer la distinción entre el contrato de transporte común y el contrato de transporte ferroviario al hacer su estudio.

---

(2) Ob. cit., vol. IV, núm. 2.029.

Aun se discuten en el campo doctrinal otros graves problemas sobre la verdadera naturaleza de este contrato. ¿Es unilateral o bilateral? ¿Real o consensual? ¿Solemne o no? No entramos en su examen profundo, pues su solución debe presuponerse. En mi opinión, se trata de un contrato siempre bilateral, real y no solemne. Bilateral, porque implica obligaciones recíprocas de las partes; real, porque se perfecciona con la entrega de la cosa transportada; no solemne, porque no se requiere para su validez (excepto en los transportes ferroviarios) escritura alguna. Por consiguiente, conforme a las disposiciones del Código de comercio, puede definirse así: *«Aquel contrato por el que una persona, llamada remitente, entrega una cosa a otra que se encarga de llevarla, o hacerla llevar, de un lugar a otro, y en éste entregarla al mismo remitente o a otra persona por él designada.»*

De esta definición resulta que en este contrato pueden figurar, y en general figuran, tres personas: el remitente, el transportista y el destinatario; de donde se originan tres órdenes de relaciones jurídicas que se estudian por separado, y son: a), relaciones entre remitente y transportista; b), entre transportista y destinatario; c), entre remitente y destinatario.

Estudiaremos aquí las relaciones entre transportista y destinatario, y sólo nos ocuparemos de las otras en cuanto parezca necesario para esclarecer aquéllas.

### § 3.º DEL FUNDAMENTO JURÍDICO DEL DERECHO DEL DESTINATARIO (3)

La conveniencia de conceder al destinatario un derecho contra el transportista es de evidente claridad, y ya fué sentida en la antigüedad cuando los transportes no habían adquirido la importancia social y económica que tienen hoy. Pero el reconocimiento de esa conveniencia, y la construcción jurídica del derecho que ella aconseja atribuir al destinatario, han dado lugar a diversas teorías, de las que tengo que ocuparme antes de afrontar el problema desde el punto de vista de nuestras leyes positivas.

Estas teorías han desempeñado una doble función: de una parte, han servido para justificar la atribución de un derecho al destinatario

---

(3) Cfr. MANARA, ob. cit., y HELLWIG, *Die Verträge... etc.*, pág. 477 y sigs.

en los tiempos en que este contrato no estaba regulado por disposiciones legales propias; y de otra, se convirtieron a continuación en elementos de interpretación de esas mismas leyes propias. Ya hemos visto cómo los juristas romanos buscaron colocar el derecho del destinatario bajo la figura jurídica de la *negotiorum gestio*. Se consideraba al transportista como un gestor de negocios del destinatario, y se concedía a éste contra aquél la *actio negotiorum gestorum (directa)* (4).

Pero ésta era una solución arbitraria e insuficiente. Arbitraria, porque en el caso del transporte, falta, o puede faltar, aquel requisito del *negotium* (objetivamente) *alienum*, en virtud del cual, solamente podría quedar el transportista, independientemente de su voluntad, obligado como gestor de negocios para con el destinatario. Insuficiente, porque mientras las necesidades de la práctica exigen que el derecho del destinatario (y, del mismo modo, el del remitente) sea independiente de cualquier derecho real que pueda tener sobre la cosa transportada, la teoría de la gestión tiene que fundamentarse, necesariamente, sobre tales relaciones; y, además, porque llevada esta teoría de la gestión a sus lógicas consecuencias, podrá atribuir una acción al destinatario, pero sólo a éste, y en la práctica, por el contrario, se experimenta la necesidad de reservar al remitente, durante algún tiempo al menos, un derecho de disposición (5).

La teoría de la gestión, en su forma romana pura, no ha tenido continuación entre los juristas modernos. Estos han preferido recurrir a otras figuras jurídicas, y de un modo especial a la representación y a la cesión. Así se ha sostenido que el remitente debe ser considerado como representante del destinatario al celebrar el contrato de transporte con el transportista; y el destinatario, al actuar contra el transportista, haría valer el contrato celebrado en su nombre por el remitente. Si se acepta esta teoría —observa MANARA acertadamente—, es preciso sacrificar el derecho del remitente, si se quiere ser lógico; en efecto: si se admite que éste ha contratado como representante del destinatario, y en nombre de éste, es preciso admitir también que no ha podido adquirir derecho alguno suyo contra el transportista, lo cual choca abiertamente contra las leyes más recientes sobre transportes, que han querido reservar al remitente un cierto derecho de disposición, en

---

(4) Véase págs. 30-31 de esta obra.

(5) MANARA, ob. cit., pág. 54.

obsequio al recto funcionamiento de esta relación jurídica. No se llega a resultados mejores sosteniendo, como han hecho otros, que el destinatario es representante del remitente, ya que ante todo falta el fundamento jurídico de tal representación, y, por otra parte, no se pueden aceptar todas las consecuencias que de ella se derivarían. Por otra parte se ha observado que el derecho del destinatario no puede ser considerado como idéntico al del remitente.

La teoría de la cesión ha tenido su principal defensor en GOLDSCHMIDT, quien cree que se puede justificar el derecho del destinatario como fundado en una cesión simulada. «El destinatario —escribe (6)— puede obrar en nombre propio, pero no en virtud de un derecho originalmente propio, como el que se indica en la póliza de carga, sino sólo como cesionario del remitente *en virtud de una cesión simulada. Su acción es la «actio utilis» del contrato de transporte.»*

Esta teoría ha encontrado numerosos adeptos, sobre todo en Alemania (7). Para apreciarla adecuadamente es preciso tener en cuenta las condiciones del ambiente en que nació. El campo doctrinal alemán estaba dividido en dos grandes facciones, de las que una admitía y la otra negaba la validez de todo contrato a favor de tercero. Era natural que aquellos que se inclinaban por la validez encontraran inútil la ingeniosa tentativa de GOLDSCHMIDT, y su recurso a la cesión simulada; pero para quienes negaban tal validez, esta teoría de la ficción servía bastante bien para satisfacer la necesidad, sentida en la práctica, de conceder al destinatario una acción.

Como hemos visto, la teoría de la validez de todo contrato a favor de tercero ha tenido una consagración formal en el Código civil alemán; frente a ella, esta teoría de GOLDSCHMIDT deberá batirse en retirada, mientras que aquella que anteriormente era la opinión de muchos, aunque no todos los autores germánicos, o sea la de que el contrato de transporte es un contrato válido a favor de tercero, y que el derecho del destinatario es un derecho propiamente suyo (o sea, ni cedido, ni adquirido por medio de representante, ni ejercido en repre-

---

(6) *Handbuch des Handelsrechtes*, vol. I, § 75, págs. 749-759.

(7) Uno de sus propugnadores en Alemania ha sido EGER, en su obra *Deutsches Frachtrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. II, págs. 88 y sigs., y en *International Uebereinkommen*; MANARA, ob. cit., pág. 57, comentando los arts. 15 y 16, págs. 267 y 301 y sigs.; de opinión contraria, VIVANTE, ob. cit., págs. 659-661.

sentación del remitente), fundado sobre el contrato celebrado a su favor, está destinada, necesariamente, a prevalecer completamente. Esa teoría ha tenido, por lo demás, numerosos y valiosos secuaces, también en Francia e Italia; pero también en ambas naciones ha tenido que luchar con diversas tendencias doctrinales y de interpretación legal, por lo que para comprender bien el estado actual de la literatura y jurisprudencia relativas al caso, y para poder llegar a resultados seguros, es preciso proceder analíticamente. Examinaremos, por tanto, separadamente, tres fundamentales doctrinas, que son éstas:

1.<sup>a</sup> La doctrina que niega absolutamente que el de transporte sea un contrato a favor de tercero.

2.<sup>a</sup> La que admite que es un contrato a favor de tercero, válido, sí, pero dentro de los términos del art. 1.128 del Código civil.

3.<sup>a</sup> La que admite que es un contrato a favor de tercero, válido en el sentido de la doctrina germánica.

#### § 4.º EL CONTRATO DE TRANSPORTE NO ES UN CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

Comenzaremos por el examen de la doctrina más radical, en sentido negativo, que ha sido vigorosamente mantenida por el profesor MANENTI (8). Ya hemos visto cómo este autor niega que los casos a que se refiere el art. 1.128 del Código civil constituyan, en cualquier sentido, excepciones al principio de la nulidad de los contratos a favor de terceros, que se encuentra enunciado al principio del mismo artículo. Pero el sutil civilista no se detiene en este punto. Después de admitir la posibilidad de que nuestras leyes puedan reconocer algún contrato válido a favor de tercero, se apresura a añadir que no pueden ser considerados como tales los contratos de transporte y de seguro de vida a favor de tercero; esto es, ¡precisamente aquellos dos contratos de los que ha partido el movimiento doctrinal que ha llevado, entre otros, al § 328 del Código civil alemán, o sea, a la proclamación de la posible validez de cualquier contrato a favor de tercero!

No se explica —escribe MANENTI— cómo ha podido considerarse el

---

(8) *La stipulazione a favore di terzi e il contratto di trasporto*. En la «Rivista di diritto civile», vol. I, págs. 297 y sigs.

contrato de transporte como un «típico contrato a favor de tercero». «¿Para qué otra persona contrata el remitente, sino para sí mismo, en su propio interés (al menos, como fin inmediato del contrato), y en nombre propio? Y a su vez, ¿no hace acaso otro tanto el transportista?» (9).

Y aun dice más este autor (10): «También en el contrato de transporte, como en el caso del art. 1.128 del Código civil, nos encontramos (siempre en la hipótesis de ser distintas las personas del destinatario y del remitente) con un contrato existente entre el remitente o expedidor y el transportista, que se dirige, en cierto modo, al tercero, en cuanto que tiene por fin el hacer llegar aquellas mercancías o cosas transportadas al destinatario. Contrato que celebran las dos partes, cada una en su nombre e interés propios, y que puede ser o no en provecho del destinatario que permanece extraño al mismo. Y, precisamente, por ser extraño el contrato, sería éste aquel tercero en cuyo favor, así se afirma (y el no poder menos de decir eso, cuando la realidad puede ser todo lo contrario, es ya una prueba de que la teoría combatida se equivoca), se ha celebrado el contrato».

En suma, para MANENTI el contrato de transporte sólo en apariencia puede ser juzgado como contrato a favor de tercero. En realidad es un contrato que consta de dos contratos distintos e independientes: uno, el celebrado entre el remitente y el transportista, y el otro, el celebrado entre remitente y transportista con el destinatario. Ahora bien, según este autor, «en virtud del primero de esos contratos no adquiere el destinatario ningún derecho, y en virtud del segundo, si bien adquiere un derecho, no es *ex alieno pacto*...».

No creemos aceptable esta doctrina; y no porque sea inadmisibile, sino porque no responde ni a la concepción del contrato de transporte en la práctica, ni a la función que con él se atiende, ni, en fin, y es lo más importante, a las disposiciones de nuestras leyes en materia de transporte.

La principal equivocación de MANENTI consiste, en mi opinión, en esto: que no se ha dado plena cuenta de la relatividad de toda doctrina reconstructiva, especialmente en relación con los contratos a favor de tercero, y que, aferrado a la primera que le ha venido a la mente,

---

(9) Ob. cit., pág. 312.

(10) Ob. cit., págs. 313-314.

y encontrándola armónica y satisfactoria desde el punto de vista lógico, se ha convencido pronto de que esa debe merecer la preferencia sobre todas las otras, y especialmente sobre aquella que ve en el contrato de transporte un contrato válido a favor de tercero.

De ello podemos darnos cuenta fácilmente considerando los argumentos aducidos por MANENTI contra esta última teoría. Insiste este autor en observar que el contrato de transporte *puede no proporcionar ventaja alguna al destinatario*; pero como nadie piensa seriamente en sostener que la ventaja económica del tercero sea un elemento esencial constitutivo del contrato a favor de tercero, es fácil contestar que aquella observación no tiene la menor importancia (11). Observa después este autor que el artículo 390 del Código de Comercio, al admitir que el remitente pueda indicarse a sí mismo como destinatario, «no señala en modo alguno al pretendido carácter que este contrato tendría si fuera un verdadero y auténtico contrato a favor de tercero», y que, además, el art. 396 del mismo Código atribuye al remitente, entre otros derechos, el de suspender el transporte, lo cual, en su opinión, no se concilia con la atribución de un derecho al destinatario. Pero tampoco resisten la crítica estos dos argumentos. El art. 390 citado, al establecer que el remitente pueda indicarse a sí mismo como destinatario, lo que admite implícita, pero también claramente, es que el destinatario no se identifica jurídicamente con el remitente. Y en cuanto a la pretendida inconciliabilidad del derecho de revocación del remitente con el derecho del destinatario, es fácil observar que sólo existe en los casos en que se sostenga que sólo son válidos aquellos contratos a favor de tercero en que se atribuya al tercero un derecho inmediato e irrevocable desde el momento de su celebración. Mas, tanto, en la doctrina dominante, contra la que se levanta MANENTI, como en la que yo sostengo, ese supuesto está repudiado decididamente. La doctrina dominante, en efecto, cree que siempre es válido el contrato a favor de tercero en que las partes han querido que el derecho del tercero deba surgir después de un cierto tiempo, o en ciertas condiciones. Y no es distinta la conclusión a que llego yo al fundar el derecho del tercero en la ley que reconoce excepcionalmente la validez del contrato en cuestión.

Pero si MANENTI no ha logrado refutar la teoría corriente por él re-

---

(11) Véase antes en la pág. 104 y sigs. Cfr. también a VIVANTE, ob. cit., pág. 657, nota, en donde cae en igual error.



chazada, ¿puede, al menos, decirse que ha logrado dar una segura demostración de la bondad de la que él defiende? Me parece que no. Aparte de que equivocadamente ha creído poder invocar en propio apoyo pasajes de otros autores, puesto que si bien exigen la adhesión del destinatario, lo hacen en un sentido y con un alcance completamente distintos que en la teoría de MANENTI (12), se le pueden hacer dos graves cargos a este autorizado autor. El primero, que no ha precisado bien quién es el que hace al destinatario la oferta contractual que, una vez aceptada por él, le convertiría en acreedor (13). El segundo, el no haber llevado su doctrina hasta sus últimas consecuencias lógicas, para ver si alguna de ellas era prácticamente inaceptable. Si se hubiera apresado a esta tarea, acaso hubiera advertido fácilmente que, al menos en determinadas circunstancias, su teoría conduce a consecuencias absolutamente inaceptables. Baste señalar aquí el caso de muerte del destinatario antes de llegar las mercancías a su destino, en el que, de aceptar

---

(12) Ob. cit., pág. 320. Y aun parece que realmente haya hecho peor MANENTI, no distinguiendo netamente su propia teoría de otras afines, como la de BERLINGIERI, e intentando sacar ventaja de expresiones poco exactas de sus contrincantes (véase, por ejemplo, en la ob. cit., pág. 329). No será, pues, superfluo el destacar que la teoría de los escritores que, más o menos coherentemente, exigen una adhesión del destinatario, según los términos del art. 1.128 del Código civil no se identifica ni confunde con la de MANENTI. Una cosa es sostener que el remitente y el transportista celebran un contrato y al mismo tiempo ofrecen al destinatario el entrar a formar parte de él, y otra el sostener que dichos contratantes contraten a favor del destinatario, pero que éste no adquiere los derechos a él destinados sino a condición de declarar que quiere utilizarlos, según los términos del art. 1.128 del Código civil. En efecto, no es preciso considerar esta *declaración* como una *aceptación* de una oferta contractual, ni ciertamente ignora MANENTI las varias fórmulas elegidas por la doctrina para definirla. (Véase antes, págs. 105-8 y 194.)

(13) MANENTI escribe en ob. cit., pág. 318, en realidad que «*con tal oferta el remitente y el transportista son, por así decir, solidarios*»; pero con ese *por así decir* no se aparta la dificultad. Si aquella oferta se considera que proviene de entrambos contratantes, conviene atribuir a entrambos igualmente la facultad de revocarla hasta el momento de la aceptación. Ahora bien: ¿a quién se le ha podido ocurrir que el transportista pueda revocar la expedición en relación con el destinatario? Y si el derecho de revocar pertenece solo al remitente, es preciso convenir en que él es el solo oferente, y por lógica consecuencia es preciso admitir también que su oferta no puede tener por objeto hacer entrar al destinatario, como parte, en la celebración del contrato de transporte, sino más bien cederle los derechos que el propio remitente ha adquirido ya contractualmente. Se llega así a la teoría de la cesión sostenida en Alemania por GOLDSCHIDT. (Véase antes, pág. 253.)

la teoría de MANENTI, sería preciso negar a los herederos del destinatario el derecho a retirar la expedición, cuando generalmente se admite y practica la contrario (14).

§ 5.º EL CONTRATO DE TRANSPORTE NO ES UN CONTRATO A FAVOR DE TERCERO  
EN EL SENTIDO DEL ART. 1.128 DEL CÓDIGO CIVIL

En el párrafo anterior he rechazado la teoría de MANENTI, que niega que el contrato de transporte sea, en cualquier sentido, un contrato a favor de tercero. Pero tampoco creo que pueda sostenerse que este contrato sea un contrato válido a favor de tercero en el sentido del artículo 1.128 del Código civil. Tesis ésta que ha sido defendida por algunos de nuestros eminentes juristas. Así, por ejemplo, BERLINGIERI (15) apela al art. 1.128 del Código civil expresamente cuando trata del derecho del destinatario, y esa doctrina es la que han adoptado también diversas sentencias de los Tribunales (16).

Pero tampoco esta teoría resiste un serio análisis crítico. En los casos a que se refiere el art. 1.128 del Código civil, el derecho del tercero se hace depender de su declaración de querer aprovechar del contrato celebrado en su favor; en el caso del transporte, por el contrario, el derecho del destinatario surge, por expresa disposición del Código de Comercio, en el momento de la llegada, efectiva o legal, de la cosa transportada al punto de destino.

Según el art. 1.128, para que surja el derecho del tercero es necesario que la estipulación hecha en su favor sea una condición de una estipulación, o de una donación, hecha por el estipulante para sí mismo en el primer caso, o para otro en el segundo. A ninguna de ambas

(14) No es necesario, pues, seguir a MANENTI en la minuciosa crítica que hace a la teoría de VIVANTE (ob. cit., pág. 321 y sigs.). Esta crítica está fundada en parte sobre el equívoco que ha aclarado en la nota 12 de este capítulo, y en parte se debe al hecho de no haber precisado bien VIVANTE el fundamento jurídico del derecho del destinatario (véase más adelante la nota en la pág. 259).

(15) Cfr. BERLINGIERI, *Commento al lib. I, tit. XIII del Codice di Commercio*, Torino, Unione Tip. Ed. Torinese, vol. VI, pág. 25. Y repetidamente MARCHESINI, ob. cit. antes. En cuanto a VIVANTE, véase nuestra nota de la pág. 259).

(16) Véase las sentencias de los Tribunales de Casación de Nápoles: 4 de octubre de 1907 y 1 de septiembre de 1908, y Roma: 15 de octubre de 1907.

condiciones está sometido, necesariamente, el derecho del destinatario.

Según el mismo artículo, en fin, el derecho atribuido al tercero es un derecho del estipulante, nacido originariamente a su favor, y que de su patrimonio pasa al del tercero (17); por el contrario, en el caso del transporte el derecho atribuido al destinatario es un derecho propiamente suyo, esto es, que se considera nacido directamente en él y para él, sin detenerse ni un instante en el patrimonio del remitente.

La tesis, pues, que combato (y en seguida veremos la importancia práctica de combatirla), se equivoca al querer aplicar las imperfectas y criticables disposiciones del Código civil (art. 1.128), a un contrato a favor de tercero que el Código de Comercio ha regulado de modo autónomo, de acuerdo con las necesidades de la práctica, sin preocuparse lo más mínimo ni hacer la menor alusión al art. 1.128 del Código civil. Y esta equivocación es tanto más deplorable, en mi opinión, cuanto que en el mismo Código civil, y precisamente en su art. 1.130, está prevista la hipótesis de que un contrato pueda, por especiales disposiciones legales, producir derechos y obligaciones para personas que han permanecido extrañas a su celebración.

Por tanto, no están ligadas al art. 1.128 del Código civil las disposiciones del Código de Comercio, sino al art. 1.130 de aquel Código. El contrato de transporte es un contrato válido a favor de tercero en virtud y de acuerdo con las disposiciones positivas de la ley que lo regulan (18); y para determinar sus requisitos y sus efectos, es preciso

(17) Véase antes en la pág. 197 y sigs.

(18) Véase en este sentido MANARA, ob. cit.; BRUSCHETTINI, ob. cit.; NAVARRINI, *Trattato elementare di diritto commerciale*, vol. I, n. 277 y sigs., y VIVANTE, ob. cit., IV, 3.<sup>a</sup> ed., pág. 604 y sigs. Este último autor, sin embargo, no ha sabido emanciparse totalmente de la tradición civilista francesa e italiana, por lo que su estudio de este punto no es preciso y seguro. Así, mientras por una parte (véase, por ejemplo, el núm. 2.074) reconoce que el derecho del destinatario *nace en virtud del contrato*. «*ope legis*», y que el contrato de transporte a favor de tercero debe reconocerse como un caso en que un contrato produce efectos para un tercero, que ha permanecido extraño completamente a su celebración, por otra firma que a este caso se aplica «con alguna amplitud de criterio la figura jurídica de los contratos a favor de tercero definida en el art. 1.128 del Código civil». Además, afirma VIVANTE que la retirada de la mercancía es precisa para que se cree un vínculo jurídico entre el destinatario y el transportista (núm. 2.085), y que el destinatario en tanto puede ejercer sus derechos en cuanto que con la retirada de mercancías *tome parte en el contrato de transporte* cual lo quisieron los contratantes iniciales

acudir a esas disposiciones, aclaradas y completadas por el movimiento científico, el cual, si ha sufrido el error de empujar a eminentes juristas y modernos legisladores a proclamar, en la esfera de los principios, la validez de todo contrato a favor de tercero, tiene en compensación el mérito de haber puesto en evidencia cómo, para ciertas instituciones de la vida moderna (y particularmente para el transporte y el seguro de vida), no es suficiente la figura del contrato tradicional, fuente de derechos y obligaciones entre las partes contratantes solamente, y que necesita una rectificación legislativa.

## § 6.º EL DERECHO DEL DESTINATARIO SEGÚN EL CÓDIGO DE COMERCIO

Veamos, pues, cómo se dibuja la figura del destinatario en virtud de las disposiciones del Código de Comercio italiano.

Ante todo, deben tenerse en cuenta aquí las disposiciones de los artículos 388 y 389 de ese Cuerpo legal, de los que se deduce que el contrato de transporte se celebra *entre remitente y transportista*. La persona del destinatario queda fuera del contrato, y de ella se ocupa a continuación el art. 390, que exige su designación en la carta de porte. El tercero-destinatario, por tanto, es una persona que no ha participado en la celebración del contrato de transporte, pero que ha sido designada en el mismo como aquella a la que el transportista deberá entregar, o hacer entregar, las mercancías recibidas para su transporte, en el lugar de destino designado.

Todavía más. La ley establece cuáles sean los derechos que corresponden al destinatario de conformidad con el contrato, y hace una distinción que es de capital importancia.

Dice el art. 396 :

«El remitente tiene derecho a suspender el transporte y a ordenar la devolución de las cosas transportadas, o a ordenar la entrega de ellas a un

---

(núm. 2.144); pero si el derecho del destinatario nace *ope legis* del contrato al que ha sido extraño, como yo creo y el mismo VIVANTE admite, no veo la necesidad de considerar la retirada de la mercancía como una aceptación o como una ocupación de un derecho que se le ha ofrecido, o le está destinado, por voluntad de las partes contratantes.

destinatario distinto del indicado en la carta de porte, o a disponer de otro modo...

»La obligación del transportista de cumplir las órdenes del remitente cesa en el momento en que, llegadas las cosas al lugar de su destino, el destinatario que esté en posesión del documento apto para exigir la entrega, reclame ésta del transportista, o en que éste le haya entregado la carta de porte. En estos casos sólo el destinatario tiene facultad para disponer de las cosas transportadas.»

El remitente, pues, tiene durante un cierto tiempo pleno derecho de disposición sobre las cosas enviadas al destinatario.

Conviene ahora comparar el art. 396 del Código de Comercio con el 407 del mismo Código, que dice así :

«Después de la llegada de las cosas transportadas, o después del día en que debían haber llegado al punto de destino (19), el destinatario puede ejercer todos los derechos derivados del contrato de transporte, así como las acciones de indemnización: desde aquel momento puede exigir la entrega de las cosas mismas y de la carta de porte.»

De esta comparación salta a la vista un cierto conflicto entre los dos artículos que, a primera vista, parece insuperable. Mientras a tenor del artículo 396 el remitente puede disponer de las mercancías expedidas hasta que el destinatario las haya reclamado al transportista y éste haya entregado la carta de porte, el art. 407 atribuye al destinatario todos los derechos que nacen del contrato *desde el momento de la llegada de las mercancías al punto de destino*. Ahora bien, como puede suceder que el momento de esa llegada no coincida con el momento en que el destinatario exija la entrega, es evidente que puede haber un período de tiempo en que remitente y destinatario se encuentren en posesión de

---

(19) La equiparación de la llegada efectiva y real de las mercancías con la llegada legal, como se llama al momento en que, como dice el art. 407 del Código de comercio, debían haber llegado a su punto de destino, es criticada acerbamente por VIVANTE, el cual sostiene que debe considerarse abolida por las leyes sucesivas a 1885, del mismo modo que lo está en las más recientes leyes extranjeras y en la Convención de Berna. En contra de esta tesis está la sentencia de Casación de Torino, de 5 de diciembre de 1908, y PACCHIONI, en *Del cosiddetto arrivo legale delle cose trasportate*, en «Rivista di diritto commerciale», año VII (1909), fasc. 3.

derechos incompatibles entre sí, en virtud de distintas disposiciones legales, los arts. 396 y 407 del Código de Comercio.

Sin embargo, este conflicto no es insuperable absolutamente, ya que puede resolverse naturalmente mediante el principio de la *prevención*. Es necesario, en mi opinión, distinguir tres períodos: el primero, que comprende desde la perfección del contrato hasta la llegada efectiva y legal de las cosas expedidas al punto de su destino, en el que sólo el remitente tiene derecho a disponer de las cosas transportadas; el segundo, que comprende desde el momento de la llegada de las mercancías, o en que debían haber llegado al punto de su destino, hasta el momento siguiente en que el destinatario las reclama, o en que el transportista le hace entrega de la carta de porte, en el que hay un concurso de derechos del remitente y destinatario que se dirime mediante el principio de la *prevención*, en el sentido de que aquel de los dos que primero ejerza su derecho excluye al otro; y el tercer período, que se extiende desde el momento en que el destinatario reclama las mercancías en adelante, en el cual sólo él tiene derecho a disponer, en el sentido propio de disposición, y de obrar contra el transportista (20).

#### §. 7.º FUNDAMENTO JURÍDICO DEL DERECHO Y DE LAS OBLIGACIONES DEL DESTINATARIO

De cuanto venimos diciendo resulta que el derecho del destinatario tiene su fundamento jurídico en el contrato de transporte celebrado a su favor por el remitente con el transportista; contrato que nuestro legislador ha reconocido expresamente como válido, incluso en relación con el destinatario, dándole la regulación que mejor responde a su índole y función. No se necesita, pues, ningún acto de aceptación o adhesión por parte del destinatario: *Su derecho surge, en fuerza de la ley, del contrato existente entre remitente y transportista*. Y surge incluso si no tiene noticia de él, e independientemente de cualquier relación en que se encuentre con la cosa, con la única salvedad de ser un derecho sujeto a una condición resolutiva y a un término: esto es, a la condición de que el remitente no revoque el contrato, y al término marcado por

---

(20) Véase PACCHIONI, *Il diritto del destinatario nel contratto di trasporto*, en la «Rivista di diritto commerciale», año VI, 1908, fasc. 6.

la llegada (efectiva o legal) de la cosa expedida al lugar de su destino.

Pero el destinatario es también sujeto de obligaciones. «El transportista no está obligado a hacer la entrega de las cosas transportadas—dice el art. 408 del Código de Comercio—, hasta que la persona que se presente a recibirlas no cumpla sus obligaciones». Es preciso, pues, determinar el fundamento de estas obligaciones poniendo en claro las condiciones de su nacimiento (21).

MANARA, en el estimabilísimo trabajo que he citado tantas veces, después de haber demostrado que el derecho del destinatario tiene exclusivamente su fundamento en el contrato celebrado a su favor, independientemente de todo acto suyo de aceptación o de adhesión, al tratar después de las obligaciones del mismo llega a una conclusión completamente distinta, en cuanto las considera fundadas en la aceptación del contrato, o según él dice, sobre *su voluntad... de constituirse parte, o de aceptar el contrato celebrado entre remitente y transportista* (22).

De aquí deduce que tales obligaciones pesan sobre el destinatario, no sólo cuando haya recibido las mercancías, sino también aunque sólo haya aceptado del transportista la entrega de la carta de porte, puesto que también en tal aceptación puede verse expresada *aquella voluntad de entrar a formar parte del contrato* que constituye —según él— el fundamento de las obligaciones del destinatario.

He aceptado ya otras veces los resultados a que llega este meritísimo mercantilista, incluso en estas últimas cuestiones, pero un examen más detenido de su argumentación nos aleja de él en este punto. Creo que así como se puede y debe fundar el derecho del destinatario sosteniendo que permanece extraño por completo al contrato de transporte, también se puede y debe fundar igualmente sus obligaciones. En sustancia, siempre es la ley la que obra en este punto, o sea que la simple voluntad de las partes no habría podido obrar por sí sola. Y como la ley, en ciertas condiciones, atribuye un derecho al tercero que ha permanecido extraño al contrato —aun cuando se le tenga en cuenta en el mismo—, del mismo modo, y con otras condiciones, le impone sus obligaciones. No hay razón plausible para descomponer la relación

---

(21) Sobre la extensión de estas obligaciones, véase VIVANTE, ob. cit., IV, páginas 715-717.

(22) Ob. cit., págs. 45-48. Cfr. también VIVANTE, I. c.

jurídica y considerar al destinatario ora como extraño, ora como parte contratante.

Puestos en este punto de vista, es preciso llegar a distintas conclusiones sobre este problema, planteado y estudiado magistralmente por MANARA: esto es, si el destinatario sólo queda obligado cuando haya recibido las cosas transportadas, o si también lo está cuando haya aceptado del transportista la entrega de la carta de porte. Si sus obligaciones están fundadas en la ley, sólo se podrá decidir sobre su extensión atendiendo a la misma ley. Y puesto que la ley —en sus arts. 408 y 409— habla sólo de tales obligaciones a propósito de recibir las cosas transportadas, es natural creer que existen sólo en esta hipótesis y con las garantías de que habla el art. 409, que dispone que: *«el destinatario tiene derecho a comprobar, a sus expensas, en el momento de la entrega, las cosas transportadas, incluso cuando no presenten signos externos de avería»*.

### § 8.º EL DERECHO DEL DESTINATARIO EN LOS TRANSPORTES FERROVIARIOS (23)

Los escritores y la Jurisprudencia que hacen depender el derecho del destinatario de su declaración de querer aprovecharse del contrato celebrado en su favor, invocan, en relación con los transportes ferroviarios, los arts. 109, 110 y 133 de las Tarifas ferroviarias (24). De las dis-

---

(23) Fuentes legislativas: Código de Comercio, lib. I, tít. XIII; Ley de 27 de abril de 1885, sobre las Concesiones ferroviarias para la explotación de las Redes Mediterránea, Adriática y Siciliana; Ley de 22 de abril de 1905, sobre la explotación por el Estado de los ferrocarriles; R. D. L. de 12 de noviembre de 1921, número 1.585, convertido en Ley de 17 de abril de 1925, núm. 473, sobre nuevas condiciones y tarifas para el transporte de mercancías; Ley de 14 de abril de 1927, número 784, que ha puesto en vigor la Convención internacional de Berna para el transporte de mercancías por ferrocarril, de 23 de octubre de 1924.

(24) Art. 109. El derecho del remitente, aunque sea el poseedor del talón de la expedición, «cesa para pasar al destinatario desde el momento en que éste se haga cargo de la expedición mediante la recogida de la carta u orden de entrega».

Art. 110, pr. y al. 1. La entrega de las mercancías y de los objetos se efectúa solamente al destinatario o a su legítimo representante y mediante su firma de recepción. En el acto de hacerse cargo de la expedición, y mediante el pago de las tasas, gastos y asignaciones a su cargo, el destinatario recibe la orden de entrega



posiciones de estos artículos resulta, en efecto, que el destinatario no puede promover acción alguna por daños contra los ferrocarriles, sino a condición de haber procedido al rescate de las mercancías que le fueran expedidas.

Más de lo que se trata es de ver si ese rescate está considerado y concebido por la ley como un acto de aceptación, o de adhesión, al contrato de transporte, ya que sólo en caso afirmativo sería válida esa teoría que se acaba de exponer.

Por mi parte, no dudo en responder negativamente. Es preciso considerar, ante todo, que la ley de Ordenación ferroviaria está directamente unida al Código de Comercio, del que sólo es un complemento. Ahora bien: ya hemos visto que según el Código de Comercio (arts. 396, 407, 408, 409), el derecho del destinatario surge *ope legis*, independientemente de cualquier acto suyo de aceptación, adhesión o cualquier otro, en virtud del contrato celebrado entre remitente y transportista; y no hay razón alguna para pensar que el legislador, en materia ferroviaria, haya querido retroceder a las disposiciones generales del Código civil sobre contratos a favor de tercero, saltándose, sin más ni más, las recientes y especiales disposiciones del Código de Comercio relativas al contrato de transporte (25).

Las mismas palabras de la disposición legal sobre Tarifas son conciliables, pues, perfectamente con mi tesis; dicen, en efecto, que el destinatario *no puede hacer valer sus derechos* contra la Compañía, sino en cuanto tenga el derecho a disponer de las mercancías, que se obtiene mediante su rescate. Se puede, pues, admitir que las Tarifas consi-

---

que indica las tasas pagadas a la salida y a la llegada, y le da derecho a retirar las mercancías.

*Art. 133.* El derecho a presentar reclamaciones y ejercitar las acciones que nacen del contrato de transporte, solamente pertenece a quien puede disponer de la cosa expedida.

Si el expedidor no posee el talón de expedición la acción no podrá ser ejercida sino por el expedidor y el destinatario de común acuerdo.

Las reclamaciones deben hacerse por escrito.

(25) En mi artículo *I diritti del destinatario e il contratto di trasporto* («Rivista di diritto commerciale», año VI, 1908, fasc. VI), también he invocado, en defensa de la tesis desarrollada en el texto, el art. 133 de las tarifas ferroviarias, el cual admite que el remitente, aunque no esté ya en posesión del talón de expedición, puede actuar contra el transportista de acuerdo con el destinatario.

Pero reconozco ahora que este argumento no resiste a la crítica.

deran existente el derecho del destinatario (de acuerdo con el Código de Comercio), y *que sólo hacen depender su ejercicio de que el destinatario haya hecha el rescate de la mercancía* (26).

Pero el argumento decisivo en esta sutil controversia —que no sólo tiene importancia teórica, sino también práctica, como veremos en seguida— se encuentra, en mi opinión, en la *función del rescate de la mercancía*. Este *rescate* sólo es una práctica administrativo-contable, que garantiza a las empresas el pago de los portes y demás derechos que pesan sobre las mercancías. Dado el número enorme de transportes realizados por los ferrocarriles, y la necesidad de evitar las dilaciones y las disputas, ha estado acertado y previsor el legislador al establecer que el destinatario no pueda hacer valer sus derechos, sino a condición de haber cumplido antes sus obligaciones. Pero de esta disposición preventiva, de carácter puramente práctico, mal se puede deducir un ar-

---

(26) Este rescate de la mercancía presupone normalmente que ésta haya llegado a su destino, ya que la carta u orden de entrega forma parte de los documentos que acompañan a las mercancías expedidas. Sin embargo, puede concebirse que tenga lugar el rescate de las mercancías aunque éstas no hayan llegado a su destino, en cuanto se admita —lo que sucede en la práctica— que hayan llegado solamente a su destino los documentos relativos a la expedición. En ese caso se llama a éste hacerse cargo *rescate contable*, en contraposición al efectivo o real que presupone la llegada de las mercancías. Se ha discutido si el llamado *contable* basta para hacer efectivo y ejercitable el derecho del destinatario. Véase a este objeto MARCHESINI, nota en *Foro ital.*, 1907, col. 1.450 y sigs., y en su «Contratto di trasporto», pág. 388 y siguientes, vol. I; OTTOLENGHI, en su «Lo Stato e il contratto di trasporto», páginas 388 y sigs., y su nota en la «Rivista di diritto commerciale», año VI, fasc. 3.

En mi opinión, conviene distinguir según que ese rescate *contable* haya tenido lugar antes o después de transcurrido el término de la entrega. Si ha tenido lugar antes, no basta por sí sólo a trincar los derechos del remitente, porque éstos sólo se extinguen en el momento en que las mercancías llegan a su punto de destino. Por tanto, las empresas ferroviarias podrán rehusar el que el destinatario se haga cargo de las mercancías hasta que éstas lleguen a su destino y haya transcurrido el término fijado para la entrega; pero si hubieran accedido a ella, no por eso quedarían libres frente al remitente. En cuanto al caso de que ya hubiera transcurrido el término de entrega, conviene distinguir dos casos. Según la opinión que tiende a prevalecer en la jurisprudencia, este rescate, o hacerse cargo de las mercancías, es suficiente para extinguir los derechos del remitente, y hacer ejercitables los del destinatario; según mi opinión, el destinatario puede, una vez transcurrido el plazo de entrega, actuar contra la empresa ferroviaria, independientemente de haberse hecho cargo de las mercancías de ese modo *contable*. De opinión contraria es VIVANTE, ob. cit., IV, pág. 671.

gumento para sostener que el legislador haga depender el derecho mismo del destinatario de su aceptación o adhesión al contrato. Si fuese así, si el legislador hubiera querido realmente volver al art. 1.128 del Código civil no hubiera exigido ese rescate de la mercancía, sino que se hubiera contentado con una manifestación cualquiera de la voluntad del destinatario de acceder al contrato (27). Ahora bien, aunque es verdad que en ese rescate puede ser incluida la voluntad del destinatario de aceptar o adherirse al contrato (y podemos admitir que esto sea lo corriente), también lo es que el legislador no lo ha homado en cuenta desde ese punto de vista. El legislador sólo ha querido asegurar a la empresa ferroviaria el cobro de sus derechos, y a esa satisfacción

---

(27) Los escritores que creen que el destinatario debe aceptar el contrato celebrado a su favor, admiten que también, según las tarifas, el destinatario sólo puede hacerlo de un modo: *mediante el rescate de las mercancías*. Véase especialmente MARCHESINI, «Il contratto di trasporto delle merci per ferrovia», vol I, pág. 389. Sólo LORDI, en una nota-comentario inserta en el *Foro ital.*, año XXXIV, fasc. 23, ha sostenido decididamente «que ese pago no es una formalidad imprescindible, bastando, por el contrario (arg. art. 1.128 del Código civil), una adhesión cualquiera del beneficiario al contrato celebrado en su favor». No puedo aceptar esta tesis, pero sin embargo, parece que tiene algo de verdad. Y esta parte de verdad consiste en haber destacado el absurdo de considerar ese pago como una aceptación o adhesión al contrato. Pero todas las dificultades desaparecen si en vez de relacionar el art. 109 de las Tarifas con el 1.128 del Código civil, se admite que aquel artículo sólo representa una disposición especial a favor de los ferrocarriles para garantizarles el cumplimiento de los derechos que les corresponden por el transporte, y si se reconoce que la reglamentación fundamental del transporte por ferrocarril está relacionada con el Código de Comercio y no con el civil. En cuanto se refiere al contrato de transporte, el art. 1.130 del Código civil se remite a las disposiciones del de comercio y no a las del art. 1.128 del propio Código. Cfr. anteriormente esta obra.

Que la exigencia de una aceptación o adhesión del beneficiario (sugerida a los autores por la disposición del art. 109 de las Tarifas, y aceptada en un no debido homenaje al art. 1.128 del Código civil), no tiene, por lo demás, un serio fundamento en los transportes ferroviarios resulta, igualmente, de los artículos 15 y 16 de la primera convención de Berna del año 1890, que dan al destinatario el derecho de obrar para hacer valer los derechos nacidos del contrato desde el momento de la llegada a su destino de las mercancías. Así MARCHESINI, en la obra citada, página 389, afirma que, según la Convención de Berna, el destinatario *puede entrar en el contrato* reclamando la carta de porte y la entrega de las mercancías; pero se trata de un juego de palabras, porque en realidad no es preciso enteramente que el destinatario *entre* en el contrato: basta leer el art. 16 de la citada Convención para persuadirse de ello.

—que se verifica al rescatar las mercancías— ha subordinado *el ejercicio*, solamente, de los derechos del destinatario, nacidos anteriormente.

Con estos antecedentes veamos ahora si el legislador, con estas disposiciones ha derogado las disposiciones precedentes fijadas para todo otro transporte por el Código de Comercio, y en qué medida. Comencemos por examinar el derecho a disponer del remitente.

Según el Código de Comercio, el Derecho a disponer pertenece al remitente hasta el momento *«en que llegadas las mercancías a su punto de destino, el destinatario que se halle en posesión del documento apto para exigir la entrega la haya pedido al transportista, y éste le haya entregado la carta de porte»*. Así, pues, del mismo modo que según el Código de Comercio puede celebrarse el contrato de transporte oralmente, es evidente que también una simple reclamación hecha por el destinatario, independientemente de cualquier documento, basta para poner fin al derecho de disposición del remitente. En cambio, según la Reglamentación ferroviaria, no basta una reclamación cualquiera, sino que es preciso el rescate de las mercancías, o sea realizar el pago de los gastos y derechos del transporte.

Veamos ahora en qué momento nace, según el Código de Comercio, el derecho a actuar del destinatario. Lo dice claramente el art. 407: *«después de la llegada de las cosas transportadas, o después del día en que deberían haber llegado al punto de destino»*. Pero ¿qué dicen sobre este particular las Tarifas ferroviarias? Pues disponen lo siguiente: *«el derecho a presentar reclamaciones y a ejercer las acciones que nacen del contrato de transporte sólo pertenecen a quien puede disponer de las cosas expedidas»* (art. 133). Y como el art. 109 de las Tarifas establece que el derecho de disponer pasa del remitente al destinatario desde el momento en que éste hace el rescate de las mercancías, es evidente que sólo desde este momento —que puede ser y es generalmente posterior al de la llegada—, pueden hacerse valer los derechos del destinatario. Por tanto, también en este punto han introducido una innovación las tarifas, al prolongar el plazo a que está sujeto el derecho del destinatario: mientras según el Código de Comercio este plazo está determinado por la llegada, según las tarifas está determinado por el pago de los derechos y gastos del transporte, que es algo posterior a aquella llegada. Este pago, por tanto, tiene, según la ley ferroviaria, una doble función: señalar el momento a partir del cual puede ejercitarse el derecho del destinatario, y ser una condición para el ejercicio del mismo.

## § 9.º EL DERECHO DEL DESTINATARIO EN CASO DE PÉRDIDA O EXTRAVÍO DE LAS MERCANCÍAS

Hay otro caso en que existe una grave divergencia entre las tarifas y el Código de Comercio: el de la pérdida o extravío de las mercancías durante el transporte. El Código es explícito en este caso: si las mercancías no llegan a su destino, el destinatario puede actuar también contra el transportista, y más precisamente aún, desde el momento en que la mercancía «*debería haber llegado*» (art. 407). Por el contrario, las Tarifas no tienen en cuenta, explícitamente, este caso; pero como hacen depender el derecho del destinatario, a actuar, de su derecho a disponer de las mercancías expedidas, y éste, a su vez, del rescate de ellas mediante el pago de los derechos del transporte, se ha llegado a la conclusión de que el destinatario no puede actuar contra la empresa ferroviaria cuando las mercancías y los documentos a ellas relativas no hayan llegado a su destino. Para poder actuar contra los ferrocarriles —se ha dicho— es preciso que el destinatario haya satisfecho los gastos del transporte; si por cualquier motivo no lo ha hecho así, está carente de acción.

No se puede negar a esta doctrina el valor de su simplicidad. Es el resultado de un razonamiento estrictamente lógico desde sus promesas a su consecuencia. Sin embargo, no me parece aceptable. Su defecto de origen consiste, si no me equivoco, en considerar el pago de los derechos del transporte como condición indispensable para que nazca el derecho del destinatario (siguiendo con ello al art. 1.128 del Código civil). Si ese hecho tuviese realmente esa naturaleza; si fuese —como sostiene MANENTI, por ejemplo— la aceptación de una propuesta de contrato, o bien —como pretenden otros— una declaración de querer aprovecharse del contrato, constitutiva del derecho del destinatario, sería preciso llegar a la consecuencia última de negar todo derecho al destinatario cuando ese pago no hubiera tenido lugar por cualquier motivo. Pero ya hemos visto que este modo de considerar el pago no está conforme con la realidad de las cosas y con el verdadero pensamiento del legislador. Ese acto de pagar y hacerse cargo de las mercancías no es una aceptación o una adhesión contractual, sino una práctica administrativo-contable, de cuyo cumplimiento hace depender la ley *no el de-*

*recho del destinatario* (que descansa sobre el contrato a que él ha permanecido extraño), *sino el ejercicio de tal derecho*.

Ahora bien, establecido esto, resulta evidente que, para decidir si el destinatario ha obedecido o no tal condición, es preciso interpretar su verdadero contenido: es preciso, en otros términos, ver si realmente el legislador ha hecho una prescripción absoluta para todas las combinaciones posibles de circunstancias, o si, por el contrario, sólo ha tenido en cuenta el caso normal en que las mercancías llegan a su punto de destino acompañadas de su documentación, y en que el rescate de las mercancías, que el legislador exige del destinatario, *puede ser cumplido por el destinatario mismo*.

Ya me he pronunciado repetidamente en este sentido (28), y ahora, después de un detenido examen de la cuestión, aun reconociendo que se trata de un punto bastante discutible, persisto en mi opinión. Parto para ello del presupuesto fundamental de que las tarifas no han derogado las disposiciones del Código de Comercio, sino que sólo han aportado a él alguna reforma; reformas que deben ser interpretadas. Al elevar el rescate de las mercancías a condición indispensable para el ejercicio del derecho del destinatario, las tarifas no han podido tener en cuenta más que el caso —que por lo demás es el normal— *en que el destinatario ha tenido la posibilidad de cumplirla*. Cuando esta posibilidad falta, pierde su valor la exigencia especial de las Tarifas, y es conveniente recurrir a los principios generales contenidos en el Código de Comercio.

A la misma conclusión se llega también considerando la cuestión desde otro punto de vista, o sea el de la causa por la cual el destinatario se ve en la imposibilidad de cumplir aquella condición que es indispensable para poder ejercer sus derechos contra el transportista fe-

---

(28) En la «Rivista di diritto commerciale», año VII (1909), fasc. 2: *Sul cosiddetto arrivo legale delle cose trasportate*, comentario a la Sent. del Tribunal de Casación de Turín, de 5 de diciembre de 1908. En el fasc. 5 del año VII (1909), *Lo svincolo delle merci non arrivate a destinazione*, comentario a la Sent. del Tribunal de Casación, de 26 de mayo de 1909. Y en el fasc. 6 del año VIII (1910): *Se il possesso della ricevuta di spedizione possa in caso di merce smarrita surrogare lo svincolo agli effetti dell'azione del destinatario*, comentario a la Sent. del Tribunal de Casación de Roma, de 4 de abril de 1910. Cfr. también el fasc. 10 del año VIII (1910): *Natura giuridica dello svincolo*, comentario a la Sent. del Tribunal de Casación de Roma, de 11 de febrero de 1910.

roviario. Nos preguntamos en este punto: ¿por causa de quién se ve el destinatario en la imposibilidad de cumplir aquella condición? La respuesta no puede ser dudosa. Es por culpa, o al menos por obra, del transportista, por lo que el destinatario no puede cumplir su obligación de rescatar las mercancías. Y entonces, ¿por qué no ha de aplicarse el principio del art. 1.169 del Código civil, que establece que *la condición se tiene por cumplida cuando el mismo deudor obligado bajo condición ha impedido su cumplimiento*? Aunque la estructuración resulte completamente distinta desde este punto de vista, puesto que se opera con la ficción de que se ha realizado el rescate, sin embargo, el resultado práctico es siempre el mismo (29).

Pero en este momento, precisamente, surge una pregunta: ¿el resultado a que se llega es realmente bueno y justo para poder inclinar con su peso la balanza a favor de la opinión que he sostenido? Se ha alegado en contra de mi opinión que con ella se viene a perjudicar injustamente al transportista ferroviario exponiéndole a la acción de dos partes: el remitente y el destinatario (30). Desde el momento en que las tarifas aseguran al remitente el derecho de disposición y el derecho consiguiente de actuar, fundado en el contrato, mientras no se haya verificado el rescate, es preciso —se ha dicho— negar hasta ese mismo momento que el destinatario pueda actuar, pues de otro modo los ferrocarriles podrían resultar condenados sucesivamente en dos procesos distintos.

Esta objeción es completamente especiosa, y en sustancia desemboca en un círculo vicioso. Si sostengo que el destinatario puede actuar independientemente de haber realizado el rescate de las mercancías cuando no ha podido hacerlo por culpa, o por obra, de la empresa ferroviaria, lo hago en tanto en cuanto que en tal hipótesis no admito que sean aplicables los arts. 109 y 133 de las Tarifas ferroviarias, sino los artículos 396 y 407 del Código de Comercio. El peligro que se alega no puede servir de argumento contra mi teoría: tal peligro no existe más que en el caso, que no puede excluirse, de que dos tribunales dis-

---

(29) Véase la Sent. del Tribunal de Casación de Turín, comentada por mí en la «Rivista di diritto commerciale», año IX (1911), fasc. 9.

(30) Véase especialmente MARCHESINI, comentario en el *Foro ital.*, año 1890, I, 277, y su obra *Contratto di trasporto*, vol. I, pág. 388 y sigs. Asimismo, VIVANTE, obra citada, IV, pág. 753.

tintos acepten uno mi teoría y otro la opuesta. Pero este peligro se da de por sí, tanto en una teoría como en la contraria. Otro peligro hay, y este es real, si se acepta la opinión corriente y común, y es el peligro de ver a las empresas ferroviarias liberadas de toda obligación, tanto frente al remitente como frente al destinatario (31).

#### § 10. DEL DERECHO DEL DESTINATARIO, SEGÚN LAS NUEVAS CONDICIONES Y TARIFAS PARA EL TRANSPORTE DE COSAS (32)

Las consideraciones expuestas hasta aquí deben ser sometidas a un posterior examen de acuerdo con lo dispuesto en el art. 45 de la nueva Ley de 17 de abril de 1935 (33). Por nuestra parte nos limitaremos aquí a señalar dos puntos en que la nueva Ley ha modificado, o parece haber modificado, las disposiciones de las tarifas precedentes.

El primer punto consiste en el reconocimiento explícito del llamado *rescate contable*, que queda equiparado al efectivo o real. Por tanto, aunque las mercancías expedidas no hayan llegado a su destino, y aunque falte el talón de consignación, el destinatario (o su representante), puede efectuar hoy el rescate y hacer valer así, por tanto, sus propios derechos a la entrega de las cosas objeto del transporte.

---

(31) Cfr. GRAZZINI, en *Giurisprudenza italiana*, 1910, p. I, pág. 715, y en contra, PACCHIONI, en *Rivista di diritto commerciale*, VIII (1910), fasc. 10.

(32) R. D. L. 12 de noviembre de 1921, núm. 1.585, convertido después en Ley de 17 de abril de 1925, núm. 473.

(33) Artículo 45. *Entrega de las cosas objeto del transporte.*

1. *A quién se hace:* La entrega de las cosas transportadas se efectúa solamente al destinatario o a su legítimo representante en el lugar de destino.

El destinatario entra en el contrato de transporte y adquiere el derecho a la entrega de las cosas mismas cuando él o su legítimo representante han realizado el *rescate*.

2. *Operación del rescate:* El rescate consiste en el pago a la administración de todas las cantidades que gravan sobre la expedición y en la retirada por el destinatario del talón de envío.

La operación de rescate puede realizarse también aunque falte el talón de envío, o las cosas objeto del transporte, o uno y otras. En el primero y tercer caso, la administración entrega al destinatario un duplicado del talón de envío.



Menos clara es, en cambio, la solución dada por la Ley al problema del fundamento del derecho del destinatario. Puesto que *el ejercicio* de tal derecho está siempre subordinado al *rescate*, contable o efectivo, ¿debe creerse también que esté subordinada a ese rescate —vuelto a imaginar como aceptación o adhesión contractual— *la existencia misma del derecho del destinatario*?

Ya he negado tal solución, sosteniendo, por el contrario, que el derecho del destinatario nace por fuerza de la ley, exclusivamente en virtud del contrato de transporte entre remitente y transportista, y sin necesidad de acto alguno de adhesión por su parte. El texto del art. 45 parece, por el contrario, acoger la tesis opuesta al disponer que «el destinatario *entra* en el contrato de transporte, y *adquiere el derecho a la entrega* de las cosas objeto del transporte, cuando él, o su legítimo representante, han realizado el *rescate*». Pero yo no creo que el legislador haya querido aquí resolver, y precisamente en el sentido antes combatido por mí, un problema tan delicado y discutido; y, sea como fuere, seguimos firmes en la opinión de que, a pesar de cualquier interpretación que pueda darse al artículo comentado, la ley fundamental en materia de transportes es siempre el Código de Comercio, del que la reglamentación ferroviaria sólo es complementaria en cuanto se refiere, precisamente, a los transportes por ferrocarril.

## § 11. DE LOS PRETENDIDOS SUBSTITUTIVOS DEL RESCATE

El peligro a que aludía al final del § 9.º ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia patria, la cual, con feliz intuición de las necesidades prácticas, le ha buscado remedio admitiendo *substitutivos al rescate*. Así ha sido juzgada la posesión de la carta de porte por el destinatario, independientemente de su endoso, como suficiente para darle acción, en caso de mercancía extraviada, con independencia del rescate. Y la misma eficacia ha dado otra sentencia a la declaración, hecha por el remitente, de pertenecer las mercancías expedidas al destinatario. Pero aun cuando con estas decisiones se llegue a un buen resultado práctico, es preciso reconocer que no se llega a él por el camino recto, y que los fundamentos de las sentencias dejan mucho de desear. En efecto, se ha recurrido a la *ratio* de la disposición legal que exige el rescate, y se ha admitido que tiende a *asegurar al transportista ferroviario contra*

*una doble acción por parte del remitente y del destinatario.* De donde se concluye que se puede conceder la acción al destinatario cuando esa seguridad se ha logrado de otro modo, en virtud de una declaración del remitente, o en virtud del endoso o entrega hecha por el remitente al destinatario de la carta de porte (34).

Pero en mi opinión es evidente que estas motivaciones van más allá del fin que pretenden. En sustancia, socavan el principio de derecho ferroviario sancionado por los arts. 109 y 133 de las Tarifas, ya que seguidas hasta sus consecuencias lógicas llevan a afirmar que siempre se pueden admitir substitutivos del rescate. Pero, independientemente de esto, tienen también, en mi modesta opinión, el grave defecto de asignar a la obligación del rescate un fundamento demasiado limitado y que no corresponde totalmente a su verdadera función. Al hacer depender del *rescate* el ejercicio del derecho del destinatario, no han querido las Tarifas, solamente, distinguir con una separación neta el período de tiempo en el que el remitente es todavía *dominus* de la expedición, del siguiente en que el destinatario se convierte en *dominus* de la misma, sino que han querido principalmente garantizar el exacto y pronto cumplimiento de todos los derechos que gravan las mercancías. Teniendo esto en cuenta, no es fácil, en verdad, aceptar que esté de acuerdo con las leyes de transporte ferroviario el admitir subrogaciones del *rescate*. Y yo creo que es más correcto renunciar en absoluto a la necesidad del *rescate*, en los casos en que eso sea jurídicamente posible, que el sostener firmemente, *pro forma*, el principio de su necesidad, para eludirlo después con el expediente de las substituciones de que me acabo de ocupar.

## § 12. DEL CASO EN QUE EL RESCATE HA SIDO REALIZADO POR PERSONA NO AUTORIZADA

Un caso bastante parecido al tratado en el § 9.º es el que se da cuando sea imposible el *rescate* por parte del verdadero destinatario, por haber sido hecho por un tercero no autorizado al que también se le han entregado las mercancías.

---

(34) Véanse las sentencias citadas antes en la nota (28) de este capítulo. Igualmente, LORDI, citado en la nota (26) de este capítulo.

La Administración de los ferrocarriles, demandada por el verdadero destinatario, ha sostenido recientemente que éste carece de acción, en tal hipótesis, por no haber realizado el rescate. Nosotros —dicen los ferrocarriles— respondemos frente a *quien tiene derecho sobre la expedición*; ahora bien, mientras no ha tenido lugar el rescate por parte del verdadero destinatario, es el remitente quien tiene ese derecho siempre. Que se haga otorgar, pues, el destinatario por el remitente un mandato legal, y podrá actuar *nomine eius*; pero como tal destinatario, carece de toda acción. Esta tesis ha sido aceptada y recogida por el Tribunal de Luca, y confirmada después, en sustancia, por el Tribunal Supremo de Turín (35). Este, sin embargo, ha hecho, en este caso, una concesión notable a mi teoría: ha admitido que el destinatario pueda obrar independientemente del rescate cuando logre demostrar que lo ha pedido formalmente y no lo ha podido llevar a efecto por culpa de la administración ferroviaria.

Sin embargo, creo yo que no es preciso exactamente, que el destinatario presente una petición formal de rescate cuando, como consecuencia de una simple petición oral, sepa que el rescate se ha realizado por un extraño no autorizado, y que se le han entregado a éste las mercancías. Bastará, en mi opinión, *que demuestre este hecho* para constituir a la empresa ferroviaria en *culpa*, y estará autorizado, por consiguiente, para actuar judicialmente en reclamación de los daños. No se invoque, en contra, el peligro a que estaría expuesta la Empresa ferroviaria con esta nuestra solución, en el sentido de que pudiera verse obligada, circunstancialmente, a responder también frente al remitente. Este peligro existe, pero no es mayor que aquel a que queda expuesto el transportista frente al remitente, después de haber sido ya condenado respecto al destinatario en virtud de la teoría de los substitutivos del rescate, que la jurisprudencia acoge tan favorablemente.

De no querer ver cuerpos donde sólo hay sombras, es preciso reconocer que muy difícilmente podrá suceder, en la práctica, que el remitente actúe contra el transportista, por los daños posibles, después que éste haya sido condenado, por esos mismos daños, frente al destinatario; y más difícilmente aún podrá suceder que tal acción del remi-

---

(35) Véase la sentencia citada en la «Rivista di diritto commerciale», año IX, 1911, fasc. II, pág. 927 y sigs., y PACCHIONI, en las notas a la misma, en la misma publicación.

tente pueda surtir un efecto favorable. Pero si se llevan a discusión tales principios elementales, no se puede menos de observar también que la doctrina ahora dominante, que declara carente de acción al destinatario que no ha *rescatado* (en los casos en que el rescate se ha hecho imposible por culpa de la empresa ferroviaria), presenta un grave peligro: esto es, el peligro de hacer irresponsable *de hecho* a la empresa, tanto frente al remitente (por prescripción) como frente al destinatario.

En efecto, dada la independencia de los dos derechos, pertenecientes sucesivamente al remitente y al destinatario, puede fácilmente suceder que en el transcurso del juicio iniciado por el destinatario, prescriba la acción del remitente. Bien es verdad que esta consecuencia puede ser eliminada con sólo negar aquella independencia, y admitir, por el contrario, que entre remitente y destinatario exista una especie de comunidad de derechos por la que los actos de uno de ellos sean eficaces para interrumpir la prescripción en lo referente a los derechos del otro. Esta atrevida tesis ha sido ingeniosamente propugnada en una sentencia del Tribunal Supremo de Roma (36); pero dudo seriamente que tenga un seguro fundamento en las leyes referentes a los transportes ferroviarios.

La ley hace surgir el derecho del destinatario en el momento en que cesa el del remitente; se trata, pues, de *dos derechos sucesivos*, y no de *un derecho único que pertenece en común a dos personas*. Certo que remitente y destinatario tienen interés en que el transporte se realice; pero este interés común no depende de un solo derecho perteneciente a ambos en común, sino que es la consecuencia y el reflejo de sus respectivos, distintos y sucesivos derechos. En el momento en que el destinatario adquiere el derecho a actuar contra el transportista, cesa tal derecho de pertenecer al remitente.

De esto se sigue que si se admite con el Tribunal de Roma que, en caso de mercancías extraviadas, la posesión de la carta de porte pueda sustituir en favor del destinatario al rescate que éste no ha podido realizar, conviene también admitir que el destinatario se convierte, en virtud de esta carta de porte, en el exclusivo acreedor de la empresa ferroviaria. Tendrá, pues, el derecho a dirigirse contra ésta, pero no en virtud de ese condominio escogido y alegado por el Tribunal Su-

---

(36) Cass. Roma, 4 de abril de 1910.

premo, sino, simplemente, por aplicación del art. 133 de las Tarifas ferroviarias. Por lo demás, su acción no podrá tener el efecto de interrumpir la prescripción del derecho del remitente, por la sencilla razón de que, en esa hipótesis, el remitente no tiene acción alguna desde el momento en que ésta nace en favor del destinatario.

Si, por el contrario, con el Tribunal de Turín, se niega que en caso de mercancías extraviadas pueda sustituir la posesión de la carta de porte al rescate de las mismas, entonces —a menos de que se acepte mi opinión por la cual en caso de mercancías perdidas o extraviadas debe aplicarse, también en el transporte ferroviario, el artículo 407 del Código de Comercio—, deberá negarse el derecho del destinatario, y la cuestión relativa a determinar si la acción promovida por él tiene efectos de interrumpir la prescripción —cuestión sobre lo que no quiero pronunciarme ahora—, deberá de todos modos apoyarse sobre una base distinta de aquella que le ha sido asignada por el Tribunal Supremo de Roma (37).

### § 13. DEL ENDOSO AL DESTINATARIO DE LA CARTA DE PORTE (38)

Que el remitente puede endosar, o girar, la carta de porte (o talón) resulta, clara y seguramente, del art. 109 de las Tarifas, en el que se dice que «el derecho a disponer de las cosas entregadas para el transporte pertenece solamente al remitente o al endosado, con exclusión de cualquier otro». Pero aun es más claro y seguro que no se trata aquí de un verdadero giro o endoso propiamente dicho, sino más bien de un mandato, o de una cesión en forma de giro o endoso. Que no se trata de un verdadero giro o endoso en sentido técnico resulta también claramente del art. 133 de las mismas Tarifas, que dispone que el remitente que no esté en posesión de la carta de porte puede aun promover acción contra el transportista de común acuerdo con el destinatario.

Hay, en efecto, una evidente contradicción entre este derecho concedido al remitente y el derecho del endosado eventual. Este no está investido de los derechos que precedentemente pertenecen al remiten-

(37) Comentario en la «Rivista di diritto commerciale», VIII, 1910, fasc. 6.

(38) Véase VIVANTE, ob. cit. IV, y PACCHIONI, *Natura et effetto della girata della ricevuta di spedizione*, en la «Rivista di diritto commerciale», VIII, 1910, fasc. 8.

te, como debería ser si la carta de porte fuese considerada como un verdadero título a la orden, sino que sólo está autorizado para ejercer los derechos de disposición pertenecientes al remitente en cuanto tal. Supuesto, pues, que el remitente haya girado o endosado la carta de parte al destinatario, podrá éste, indudablemente, exigir aquellos cambios de destino, de destinatario, de velocidad, etc., etc., que podría exigir el mismo remitente.

Pero, ¿podrá el destinatario, fundado en la posesión de la carta de porte, promover la acción para la indemnización de daños en caso de mercancías extraviadas, o de imposibilidad del rescate? El Tribunal Supremo de Turín, ha decidido el caso en sentido afirmativo: para él el destinatario que se halle en posesión de la carta de porte, que le ha sido girada por el remitente, tiene los mismos derechos que si hubiese rescatado.

En el resultado práctico estoy de acuerdo, en este punto, con el Tribunal Supremo de Turín; pero desde el punto de vista teórico, nuestras direcciones se separan. Ante todo, yo creo que, en caso de imposibilidad del rescate por culpa o por obra de la empresa ferroviaria, el destinatario tiene acción, independientemente de la posesión de la carta de porte que le haya girado el remitente, por las consideraciones antes expuestas. La posesión de la carta de porte que le ha sido girada no es, pues, en mi opinión, necesaria para dar acción al destinatario (39); por otra parte, en fin, no bastaría a substituir el rescate, cuando el rescate fuese posible. En otros términos: o el destinatario puede rescatar, y en tal caso sólo a condición de haber rescatado puede promover *su acción*, no sirviéndole para este objeto, y como sustitutivo, la posesión de la carta de porte que le haya sido girada; o bien está imposibilitado de rescatar por culpa y obra de la empresa ferroviaria, y entonces puede actuar también, aunque no esté en posesión de la carta de porte. Esta posesión de la carta de porte que le haya sido girada podrá, por tanto, servirle sólo para hacer valer los derechos del remitente, como mandatario o cesionario de éste; de lo que se sigue que sólo podrá exigir el resarcimiento de los daños sufridos por el remitente, pero no aquellos, tal vez superiores, que haya podido sufrir él personalmente.

---

(39) Véase antes, pág. 269 y sigs.

§ 14. DEL CASO EN QUE EL REMITENTE NO PUEDE PROCEDER SIN O DE ACUERDO CON EL DESTINATARIO

El art. 133 de las Tarifas dispone que el remitente, en el caso de no estar en posesión de la carta de porte, no puede intentar la acción contra el transportista más que *de común acuerdo con el destinatario*. Con esta disposición ha querido el legislador tutelar al destinatario contra posibles fraudes y estafas por parte del remitente, el cual podría si no, por ejemplo, enviarle la carta de porte para obtener en seguida el pago de la mercancía expedida y ordenar inmediatamente al transportista su entrega a otro destinatario (40). La disposición misma, por tanto, debe entenderse relativa sólo al remitente, y no puede ser invocada por el destinatario.

Es evidente, en efecto, que si se concediera al destinatario el poder actuar contra el transportista independiente del rescate, esto es, con sólo alegar, de cualquier modo que fuese, su acuerdo con el remitente en virtud del simple asenso de éste, se llegaría a modificar la ley ferroviaria que hace depender el ejercicio del derecho del destinatario del hecho del rescate. El destinatario que no haya rescatado, podrá, pues, proceder contra la empresa ferroviaria, pero no como *destinatario*, sino sólo *como representante y en nombre del remitente*, o *como su cesionario*, lo cual presupone la existencia de un mandato legal válido, y de una cesión igualmente válida; lo que tiene también como consecuencia que se deba apreciar el contenido de la acción en relación a la persona del remitente.

§ 15. DEL CASO EN QUE EL DESTINATARIO QUE HA RESCATADO, RENUNCIA, FRENTE AL REMITENTE, A HACER VALER SUS PROPIOS DERECHOS CONTRA EL TRANSPORTISTA

Se ha planteado el problema de si una tal renuncia por parte del destinatario hace revivir el derecho de acción en el remitente. El Tribunal de Nápoles (Audiencia de 14 de abril de 1909), decidió que el derecho del remitente, una vez que se ha extinguido, inmediatamente

---

(40) Cfr. VIVANTE, ob. cit., IV, pág. 664.

después del rescate hecho por el destinatario, no puede resurgir en adelante. Y tiene toda la razón. Nuestras leyes comerciales ferroviarias han distribuído los derechos del remitente y del destinatario en un orden sucesivo: hasta el momento de la llegada o del rescate, sólo tiene esos derechos el remitente; desde ese momento, sólo el destinatario. Los derechos de uno y otro son derechos distintos y sucesivos (41). Contra esa sentencia se rebeló LORDI, que sostuvo en un comentario a la misma que, así como puede admitirse que el derecho del destinatario surja, independientemente del rescate, en virtud de una declaración del remitente en que haga constar que las mercancías expedidas son propiedad del destinatario, así puede admitirse también, por contra, que puede resurgir el derecho del remitente ante una declaración del destinatario en que haga constar que por su parte está satisfecho, y que renuncia en favor del remitente todos los derechos que puedan corresponderle frente a la empresa ferroviaria (42).

Frente a la primera de estas dos afirmaciones, sólo tengo que recordar las consideraciones hechas antes al tratar de los llamados sustitutivos del rescate. De ellas resulta que es preciso mantener siempre netamente separadas y diferenciadas las relaciones fundadas sobre el contrato de transporte y aquellas que tienen su base, independiente, sobre derechos que las partes tienen, por otros motivos, sobre las cosas transportadas. Los argumentos que aduce LORDI contra esta distinción (43), que constituye uno de los sólidos fundamentos de la teoría del contrato de transporte, no la han removido lo más mínimo, y por ello me parece que la incertidumbre y las contradicciones en que se enreda LORDI, por querer prescindir de ella, constituyen una confirmación de su bondad. Habla LORDI, en efecto, de un renacimiento del derecho del remitente a continuación de la renuncia hecha por el destinatario de sus propios derechos; pero después intenta fundar estos derechos así renacidos, no sobre el contrato, como sería lógico, sino sobre la presumida propiedad del remitente; y, como si esta primera contradicción no bastase, acaba por invocar también el concepto de la cesión.

Pero de ese modo me parece a mí que se vienen a confundir tres ór-

---

(41) Cfr. VIVANTE, ob. cit. IV, págs. 720 y 672.

(42) LORDI, comentario en *Foro ital.*, año XXXIV, fasc. 23.

(43) Cfr. VIVANTE, ob. cit., IV, págs. 676 y sigs.



denes de conceptos que se mantienen diferentes en la teoría, y que conducen en la práctica a consecuencias muy diversas. En efecto: como propietario, el remitente no puede intentar otra cosa que la *rei vindictio*, o la acción *aquiliana*; como remitente, puede exigir el resarcimiento de los daños que haya podido sufrir por incumplimiento del contrato; y como cesionario, o mandatario del destinatario, en fin, sólo puede hacer valer los derechos de éste y exigir la indemnización de los daños por éste sufridos. Creo yo que estas confusiones deben evitarse, y puesto que los derechos del remitente, como tal, quedan extinguidos, definitivamente y para siempre, en el momento en que, realizado el rescate, surgen los derechos del destinatario (44), parece lógico también que, prescindiendo de las eventuales acciones fundadas sobre el derecho de propiedad, u otro cualquiera, sobre las cosas transportadas, el remitente no pueda actuar más que como cesionario o mandatario del destinatario (45); pero para ello, además, es preciso demostrar que existe el mandato o la cesión.

§ 16. EL DERECHO DEL DESTINATARIO SEGÚN LA PRIMERA Y SEGUNDA  
CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE BERNA

Después de estudiar el derecho del destinatario según el Código de Comercio y según las tarifas ferroviarias, es preciso ver, por último, qué regulación se le ha dado en las dos Convenciones Internacionales de Berna. Veamos, ante todo, la primera (46).

En ella no se ha aceptado el punto de vista de nuestro Código de Comercio ni el de las Tarifas. Mientras el Código subordina el ejercicio del derecho del destinatario a la llegada de las mercancías, o *al momento en que deberían haber llegado*, la Convención Internacional de Berna lo subordina, por el contrario, *a la llegada efectiva solamente*. No acepta, pues, el art. 407 del Código de Comercio italiano. Y por otra parte, tampoco acepta el punto de vista de las Tarifas, porque no subordina aquel ejercicio a que se haya hecho el rescate. Según la Con-

(44) Cfr. VIVANTE, ob. cit., IV, pág. 672.

(45) Cfr. VIVANTE, ob. cit., IV, pág. 674.

(46) Convención Internacional de Berna, de 14 de octubre de 1890, declarada vigente en Italia, por la Ley de 15 de diciembre de 1892, núm. 710.

vención Internacional de Berna, en caso de mercancías extraviadas, o perdidas, o no llegadas por cualquier motivo a su destino, el destinatario no puede proceder contra los ferrocarriles más que como representante o cesionario del remitente. De esta forma de tratar al destinatario la Convención Internacional de Berna, no es lícito, sin embargo, deducir argumentos para sostener la misma tesis frente a las tarifas. Viene a propósito, en este punto, el poner de relieve lo erróneo de la argumentación de MARCHESINI, con la que pretende sostener que también las Tarifas dejan de aplicar el art. 407 del Código de Comercio en lo referente a la llamada *llegada legal*. Tanto según las Tarifas como según la Convención Internacional de Berna —razona MARCHESINI—, el destinatario no puede actuar hasta que la mercancía ha llegado a su destino; ahora bien: al exigir la llegada efectiva, tanto las Tarifas como la Convención Internacional de Berna, demuestran que no consideran suficiente la llegada legal, y no aplican, por tanto, el art. 407 del Código de Comercio.

Pero en este argumento yace un sutil engaño. Es indudable que la Convención Internacional de Berna no se contenta con la llamada *llegada legal*, puesto que exige expresamente la llegada efectiva, y no es posible extender su aplicación a la *llegada legal*. Pero las Tarifas no exigen expresamente ni la llegada efectiva ni la legal, hasta el extremo de haberse podido sostener que no exigen ninguna de las dos, y que se contentan con el llamado *rescate contable*. Esto supuesto, resulta evidente que es, por lo menos, arbitrario el afirmar, como lo hace MARCHESINI, que las Tarifas, del mismo modo que la Convención Internacional de Berna, dejan de aplicar el art. 407 en su parte relativa a la llamada legal, porque falta la base para esa equiparación, ya que falta en las Tarifas la exigencia de la llegada efectiva.

Para demostrar que según las Tarifas la llegada legal no basta para que pueda ejercer su derecho el destinatario, no se puede acudir a la Convención Internacional de Berna. La cuestión tiene que discutirse y resolverse teniendo en cuenta el Código y las Tarifas y sus recíprocas relaciones.

Distinto criterio ha seguido la segunda Convención Internacional de Berna, de fecha 23 de octubre de 1924, declarada vigente en Italia por la ley de 14 de abril de 1927, núm. 784. Esta Convención, que ha sustituido a la anterior, dispone en su art. 16 (*Entrega*), § 3:

«Llegada que sea la mercancía a la estación de destino, el destinatario tiene el derecho de pedir a la Compañía que le entregue la carta de porte (talón), y después las mercancías. *Si la mercancía no ha llegado al expirar el plazo previsto en el art. 30, § 1* (treinta días desde el de la entrega), el destinatario, tanto si obra en su propio interés como en interés de otro, está autorizado, desde la terminación de ese plazo, a hacer valer en su propio nombre y contra la Empresa ferroviaria los derechos nacidos del contrato de transporte, a condición de cumplir antes las obligaciones que ese contrato le impongan.»

Mientras que la primera Convención Internacional de Berna, del año 1890, subordinaba el ejercicio del derecho del destinatario a la llegada efectiva de las mercancías, y sólo a ella, la Convención Internacional hoy en vigor admite que el destinatario pueda proceder, además, en el caso en que la mercancía no haya llegado efectivamente, *con tal que hayan transcurrido los treinta días del plazo de entrega*. Por tanto, en caso de mercancías no llegadas a su destino, por cualquier motivo que sea, el destinatario podrá proceder contra la Compañía, y *en interés propio*, después de terminado el plazo antedicho y a condición de haber cumplido las obligaciones que le imponga el contrato de transporte.

§ 17. DE SI EL DESTINATARIO QUE MUERE ANTES DE LA LLEGADA DE LAS MERCANCÍAS A ÉL EXPEDIDAS, O ANTES DE EFECTUAR SU RESCATE, TRANSMITE A SUS HEREDEROS EL DERECHO A PROCEDER CONTRA EL TRANSPORTISTA

Creo que se debe responder de modo afirmativo; y en esta solución veo una consecuencia y una confirmación al mismo tiempo, de lo justo de la teoría sostenida por mí sobre el fundamento del derecho del destinatario. Este derecho surge en el momento mismo de la conclusión del contrato de transporte, y por ese motivo puede transmitirse a sus herederos, aunque sea un derecho sujeto a resolución (en caso de contraorden por parte del remitente), y a término (llegada de las mercancías a su destino y rescate). Si, por el contrario, se considera el contrato de transporte como conteniendo una oferta contractual al destinatario, sería preciso negar la transmisibilidad, puesto que el destinatario, en cuanto que es la persona a quien estaría hecha la oferta, no habría tenido la facultad de aceptarla, y esta facultad, por su misma naturaleza, no es transmisible a los herederos.

§ 18. DEL TRANSPORTE DE LA CORRESPONDENCIA CERTIFICADA  
Y DE LOS PAQUETES POSTALES

El destinatario de una correspondencia certificada, o de un paquete postal, ¿tiene un derecho propio a hacérselos entregar, o a exigir indemnización en caso de pérdida o extravío? No me consta que esta cuestión haya sido tratada en Italia, pero sí que ha dado lugar a un amplio debate doctrinal en Alemania (47).

Unos escritores niegan que entre el remitente y la Administración postal exista un contrato verdaderamente tal; otros, aunque admitiendo que la relación entre la Administración y el remitente sea un verdadero contrato, niegan que pueda dar lugar a un derecho del destinatario. Se repiten aquí, naturalmente, todas las doctrinas que hemos visto sostenidas antes, a propósito de los contratos a favor de tercero, en las doctrinas del Derecho común, y más particularmente, sobre el contrato de transporte en general.

Dentro del sistema de nuestra legislación, este problema es de fácil solución. Si faltasen disposiciones especiales, por tratarse de transporte de cosas podría pensarse en aplicar las disposiciones contenidas en el Código de Comercio y en las Tarifas ferroviarias, con lo que estaríamos frente a uno de aquellos casos a los que hemos admitido que se les puede aplicar, por analogía y extensión, las disposiciones que regulan un contrato determinado a favor de tercero.

---

(47) SELL, *Über den Erwerb des Eigenthums an Briefen*, en el «Archiv für die civ. Praxis», vol. 21, pág. 130 y sigs.; HÖPFNER, *Hat Derjenige, unter dessen Adresse einem Boten oder der Postanstalt ein Brief oder ein Packet zur Bestellung gegeben worden ist, ein eigenes Recht, von dem Boten oder der Postanstalt die Ausantwortung des Briefes oder Packet an ihn zu fordern?*, en el «Archiv für die civ. Praxis.», vol. 36, pág. 119 y sigs.; GAD, *Die Haftpflicht der deutschen Postanstalten*; MEILL, *Die Haftpflicht der Postanstalten*, 1877; MEILL, *Das Recht der moderner Verkehrs und Transport-Anstalten*, Leipzig, 1888; TINSCH, *Der selbständige Anspruch des Adressaten gegen die Postanstalt*, en «GRUCHOT'S, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes», vol. XXXV, pág. 206, año 1891; HOGGREWE, *Das selbständige Klagerecht des Adressaten einer Postsendung*, Göttingen, 1895; FASSBENDER, *Hat der Adressat einer Postanweisung gemäss den die Reichspost betreffenden Specialvorschriften in Verbindung mit dem subsidiär in Betracht kommenden bürgerlichen Rechte, einen Rechtsanspruch auf Aushändigung der Postanweisungssmmue?*, Leipzig, 1903; HELLWIG, ob. cit., págs. 516 y sigs.

Pero no faltan las disposiciones especiales, y en virtud de ellas debe rechazarse que el destinatario de una correspondencia certificada, o de un paquete postal, adquiera jamás un derecho *propriamente suyo* contra la administración postal.

El destinatario, como tal, tiene en estos dos casos el carácter y naturaleza de un simple *adiectus solutionis causa*. O sea, es una persona a la que la Administración puede entregar la correspondencia certificada o el paquete postal, liberándose de ese modo de la obligación asumida para con el remitente.

Dispone, en efecto, el art. 42 de la Ley sobre el servicio postal (texto único aprobado por el R. D. de 24 de diciembre de 1899, núm. 501), «que la compensación debida en caso de pérdida, pero por fuerza mayor, de correspondencia certificada, *se debe en general al remitente, y solamente a consecuencia de consentimiento escrito suyo podrá satisfacerse al destinatario*».

En relación con los paquetes postales dispone el art. 80 de la misma ley: «Que el pago de la compensación relativa a los paquetes postales, indicado en este artículo, *se hará por lo general al remitente, y sólo mediante consentimiento escrito suyo podrá hacerse al destinatario*».

Está, pues, claro que en ninguno de los dos casos puede el destinatario proceder contra la Administración postal más que *utendo iuribus*. No son aplicables, por tanto, a estos casos ni los principios relativos a los transportes ferroviarios, ni los más generales del Código de Comercio para toda clase de transportes. Una confirmación de esto se puede hallar en la Instrucción para los servicios de correspondencia postal interna, y para el exterior, en cuanto que dispone en su art. 1.902 que el remitente puede siempre retirar del servicio, o modificar la dirección de la correspondencia, *mientras no haya sido entregada al destinatario*. Éste, aun cuando haya reclamado la entrega de la correspondencia certificada o del paquete postal que se le haya expedido, no ha adquirido ningún derecho *propriamente suyo* para reclamar la indemnización de daños contra la Administración postal.

## CAPITULO II

# EL CONTRATO DE SEGURO SOBRE LA VIDA A FAVOR DE TERCERO

## I

### Teoría y datos de legislación comparada

#### § 1.º NOCIONES GENERALES

Por contrato de seguro de vida a favor de tercero se entiende aquel contrato mediante el cual una persona (*asegurado*) paga una cantidad determinada por una sola vez, o paga y se obliga a pagar por un cierto número de años, o durante toda su vida, una determinada suma anual, para que la otra parte (*asegurador*) se obligue a pagar después de la muerte del asegurado una cantidad determinada, o una renta anual, a una tercera persona (*beneficiario*).

Este contrato es de fecha reciente. Al principio del siglo pasado estaba mal mirado; se le consideraba como inmoral y peligroso. Inmoral, porque se creía que hacía nacer en el beneficiario el deseo de la muerte del asegurado; peligroso, porque se temía que, inducido por tal deseo, pudiese ser empujado el beneficiario a atentar contra la vida del asegurado.

Pero estas aprensiones teóricas se ha visto que son infundadas en la práctica. El uso de los seguros se ha difundido muy rápidamente en la segunda parte del siglo pasado, sin que se haya podido constatar la realidad de los graves inconvenientes temidos, y, en cambio, se ha podido comprobar que cada vez son más apreciados sus beneficiosos efectos.

El seguro de vida, en efecto, permite al hombre privado de medios de fortuna, pero laborioso, dedicarse a su profesión sin preocupaciones por el porvenir de sus familiares. Tal seguro aguza el sentido de la previsión y estimula y favorece el ahorro, ejerciendo una influencia benéfica no sólo desde el punto de vista individual, sino también en el aspecto social.

Era muy natural, por tanto, que, una vez admitido en los usos y costumbres sociales, requiriese este seguro una estudiada disciplina jurídica que estuviera conforme con los objetivos a que tiende y las funciones que desempeña. Pero, por otra parte, se comprende, fácilmente también, que la jurisprudencia y la legislación no pudiesen cumplir y llenar esa exigencia de golpe. Se trataba de una nueva institución de la que no se podían prever todos los aspectos; era preciso dejar que se desarrollara en la práctica para poder apreciar después, con calma y seguridad, sus verdaderas exigencias.

La historia del seguro de vida a favor de tercero es rica en enseñanzas generales. Ella demuestra, ante todo, cómo a menudo las instituciones nuevas que brotan de la vida real, después de haber buscado en vano defensa y amparo en las fórmulas de la doctrina y en las disposiciones de las leyes vigentes, deben y pueden conquistarse una reglamentación propia, distinta y aun contraria a aquéllas. Otra enseñanza que nos da se refiere a la influencia que el ambiente jurídico ejerce, necesariamente, sobre la actitud doctrinal. Vemos, en efecto, que los varios grupos de juristas que intentaron dar una adecuada reglamentación al seguro de vida a favor de tercero, en los diversos países europeos, encontraron la tarea más o menos difícil según las condiciones generales de su respectivo sistema jurídico. Una fué, por ejemplo, la situación en que se encontraron los juristas alemanes en los países en que estaba en vigor el Derecho romano común, y otra la posición de los juristas prusianos que tenían que aplicar las disposiciones del derecho general territorial; o la de aquellos austríacos sujetos al Código civil general; o la de los franceses e italianos vinculados, por su parte, a las diversas disposiciones de sus respectivos Códigos. De estas observaciones tendremos pronto ocasión de aprovecharnos al valorar alguna doctrina nacida fuera de nuestro país.

Y una tercera observación. Se refiere a la influencia que la reglamentación dada a estos seguros ha tenido sobre la doctrina y teoría general de los contratos a favor de tercero, y sobre la interpretación

de las disposiciones legislativas a ellos referentes. En la tarea que asumieron los juristas modernos de dar adecuada reglamentación al seguro de vida a favor de tercero se encontraron obligados a luchar contra el principio de la nulidad de los contratos a favor de tercero, hasta proclamar su abolición. Mas, al proceder así, cayeron en un grave error (contra el que ya SAVIGNY, autorizadamente, advertía en el Prefacio de su Sistema), que consiste en argumentar pasando *de lo concreto a lo general*. De que deba ser válido el seguro de vida a favor de tercero no se deduce (y yo lo he puesto de relieve ya muchas veces) que deba ser válido todo otro contrato a favor de tercero.

§ 2.º EL CONTRATO DE SEGURO DE VIDA A FAVOR DE TERCERO,  
Y EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS (1)

El uso de este seguro, que en la segunda mitad del siglo pasado era cada vez más frecuente, había puesto en evidencia la necesidad de dar seguridad e independencia al derecho del beneficiario, sustrayéndolo, de una parte, a los ataques de los acreedores del asegurado, y de otra, a la obligación de la *colación* y de la *reducción*. Pero, ¿cómo llegar a tales resultados dadas las disposiciones del Código civil? Este era el grave problema que se planteó a principios del siglo XIX a la doctrina y a la jurisprudencia francesa. El Código civil francés declara nulo, en la esfera de los principios, todo contrato a favor de tercero; nulidad que sólo admitía dos excepciones, en cuyo ámbito no era posible incorporar, sin violencia, el seguro de vida a favor de tercero. Por otra parte, esta institución había llegado ya a gozar de tal favor popular que, nadie, aparte algún teórico aislado, podía pensar seriamente en declarar su nulidad jurídica. No había, pues, más que dos caminos a seguir: o intentar reglamentar este seguro sobre el Derecho existente, buscando el conciliar de algún modo el respeto debido a la ley y a la tradición jurídica con las necesidades de la vida moderna; o bien, cuando toda tentativa en este sentido resultase insuficiente al objetivo per-

---

(1) Véase a este propósito, el decisivo estudio de L. BALLEYDIER y de H. CAPITANT, *L'assurance sur la vie au profit d'un tiers, et la jurisprudence*, en el «Livre du Centenaire», vol. I, págs. 517-582. A este trabajo debe dirigirse el lector para conocer la bibliografía relativa al derecho francés.



seguido, romper sin ambages con la ley, y proclamar, en contra de ella, la validez del seguro de vida a favor de tercero.

Ya hemos examinado las varias teorías a que dió lugar la tentativa de conciliación, y también hemos expuesto las opiniones, mucho más radicales, de aquellos escritores que, en el fervor del ataque, no se detuvieron ante la prohibición de los arts. 1.120 y 1.121, sino que, o pasaron por encima de ella, considerándola como un texto legal sin vida, o bien, con procedimiento más ingenioso, intentaron interpretarla en un sentido completamente nuevo, por el cual no sería un obstáculo para la validez de todo contrato a favor de tercero. Y de este examen habíamos sacado la convicción de la insuficiencia de las primeras para regular convenientemente el contrato de seguro, y la arbitrariedad de las segundas fuera del campo limitado y concreto en que habían florecido. Aquí bastará recordar que, aplicando la teoría de la oferta contractual (véase antes, pág. 164), no se logra asegurar al beneficiario la suma asegurada, ni que el beneficiario pueda adquirir el derecho estipulado en su favor en caso de que el asegurado muera antes de haber aceptado aquél. Y, no obstante, todo eso se tiene que admitir si se quiere satisfacer las necesidades de la práctica; y la doctrina misma ha terminado por admitirlo. Tampoco conduce a mejores resultados, por ejemplo, la teoría de la *gestión* (véase antes, pág. 166), como repetidamente han destacado los escritores que se han ocupado de los seguros de vida a favor de tercero (2). No insistiré más sobre este punto.

Para dar una idea exacta de cómo se ha conseguido, a través de tantas dificultades y errores, el resultado que se buscaba, bastará que destaquemos la obra de la jurisprudencia francesa, la cual, preocupándose poco de la más amplia controversia sobre la validez o no de todo contrato a favor de tercero, ha concentrado toda su atención sobre los problemas prácticos que presenta el contrato de seguro, y ha logrado, meritariamente, dar al mismo una solución que responde a las necesidades

---

(2) La teoría de la *gestión*, de la que ya me he ocupado antes (véase pág. 166 y siguientes), ha sido defendida especialmente en Francia por LABBÉ, en una serie de comentarios a la jurisprudencia, citados por L. BALLEYDIER y H. CAPITANT, ob. cit., página 528, núm. 1. Véase su crítica en las págs. 166 y sigs. de esta obra, y en LAMBERT, ob. cit., págs. 20-22; GLAUM, *Gehört die Lebensversicherungssumme zum Nachlasse des Versicherten?* Erlangen, 1897, págs. 10-11; NAVARRINI, *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, 2.<sup>a</sup> ed., Turín, 1912, págs. 16-18.

de la institución, y está conforme con los dictados de las legislaciones más progresivas.

En este trabajo jurisprudencial se pueden distinguir tres períodos:

En el primero —que llega hasta 1884—, el Tribunal de Casación decidía que, cuando el contrato fuese celebrado en provecho de un tercero, no designado individualmente, no podía atribuirle un derecho propiamente suyo e independiente; el derecho a la suma asegurada iba a parar, en esta hipótesis, al patrimonio del asegurado, y estaba sujeto a la acción de sus acreedores.

En el segundo —que se abre con una memorable sentencia de 2 de julio de 1884—, el Tribunal establece, netamente, que el derecho del beneficiario designado en el contrato de seguro debía ser considerado como nacido en su misma persona, y que no puede ser atacado por los acreedores del asegurado.

En el tercero, en fin —con otra memorable sentencia de 29 de julio de 1896—, el Tribunal de Casación estableció el principio ulterior por el que se sustrae el derecho del beneficiario a la *colación* y a la *reducción* (3).

De este modo, la jurisprudencia francesa, permaneciendo en el campo limitado a ella señalado en la controversia planteada acerca del derecho del beneficiario, ha logrado dar al seguro de vida a favor de tercero una regulación completa y relativamente perfecta. Empero, no ha pretendido con ello derogar los arts. 1.120 y 1.121: ha ido *más allá*, o *fuera de la ley*, pero no *contra ella*.

### § 3.º EL CONTRATO DE SEGURO A FAVOR DE TERCERO, SEGÚN EL DERECHO COMÚN

El reconocimiento de un derecho autónomo al beneficiario fué más fácil de lograr en los países germánicos de Derecho común. No existiendo allí disposición legal alguna sobre la validez o no de los contratos a favor de tercero, tanto la doctrina como la jurisprudencia pudieron afrontar el grave problema con mayor libertad y seguridad.

No debe creerse, sin embargo, que en Alemania no haya habido vi-

---

(3) Cfr. L. BALLEYDIER y H. CAPITANT, ob. cit., págs. 525 y sigs.

vas disputas y profundas divergencias de opinión. Para muchos escritores, la validez del contrato de seguro a favor de tercero no era sino la consecuencia del principio, más general, de la validez de todo contrato a favor de tercero, que se pretendía estaba reconocido por el Derecho alemán. Para otros, en cambio, el contrato de seguro a favor de tercero venía a ser considerado como válido, no ya en virtud del principio de la validez de todo contrato a favor de tercero, sino, más bien, como excepción —consolidada consuetudinariamente— al opuesto principio de la nulidad de todo contrato a favor de tercero.

Tampoco faltaron, pues, en Alemania las tentativas de colocar este contrato bajo la capa de otras instituciones ya reconocidas incontestable y universalmente. La teoría de la oferta y la de la gestión tuvieron sus secuaces; y también en Alemania surge la teoría que coloca el seguro de vida a favor de tercero bajo la figura jurídica de la *donatio mortis causa*; teoría a la que, como veremos en breve, se ha aproximado entre nosotros MANENTI (4).

Sin embargo, la opinión que prevaleció, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, fué aquella que reconoce a este contrato como un contrato válido a favor de tercero. Pero tampoco con esto se obtuvo el acuerdo perfecto sobre la naturaleza y la extensión del derecho del beneficiario, puesto que los escritores, aun conviniendo en la idea de que este derecho tuviese su fundamento en un contrato al que había permanecido extraño, no se ponían de acuerdo sobre determinar si tal derecho debiera ser considerado como nacido en la propia persona del beneficiario directamente.

Sobre este delicadísimo punto se manifestaron las siguientes y distintas opiniones. Algunos sostenían que, *en principio*, debía creerse que el derecho surgía en la persona del beneficiario; así, por ejemplo, WOLF, ENDEMAN y otros; algunos, en cambio, que en principio surgía en la persona del asegurado, pasando después de éste al beneficiario solamente en el momento de la muerte de aquél (y así, por ejemplo, HENRICKS); otros, en fin, distinguían según que el beneficiario hubiese sido designado individualmente, o como sucesor; o según las circunstancias y las condiciones de la póliza; o según que el asegurado se hubiese reservado, o no, el derecho a revocarlo.

---

(4) ECK, *Die Lebensversicherung zu Gunsten Dritter, eine Schenkung auf den Todesfall*, Berlín, 1890.

## II

## El seguro de vida a favor de tercero según las leyes italianas (5)

## § 1.º NOCIONES PRELIMINARES

Dos consideraciones preliminares deben tenerse en cuenta en este aspecto.

La primera se refiere a un punto sobre el que ya he insistido en la parte general de este trabajo; o sea, debemos tener presente que nuestro Código civil, con la redacción más amplia de su art. 1.130 que la del 1.165 del Código civil francés, abre paso al reconocimiento de la validez de los contratos especiales a favor de tercero. La ciencia jurídica y la jurisprudencia italianas han podido proceder con mayor libertad que las francesas, y si no han sabido aprovecharse de ella debe achacarse a la exorbitante influencia que sobre ellas han ejercido las opiniones de los grandes comentaristas franceses durante algunas decenas de años después de la publicación del Código.

La segunda consideración es, por así decir, de carácter histórico. En el examen de las doctrinas y jurisprudencia italianas se deben distinguir dos períodos: uno, que va desde la publicación del Código civil hasta la entrada en vigor del Código de Comercio de 1883, y el otro, que comprende desde esa fecha hasta hoy.

En el primero de esos períodos, por no haber disposiciones especiales relativas al contrato de seguro, tanto la doctrina como la jurisprudencia tenían que recurrir a los arts. 1.128 y 1.130 del Código civil. En cambio, en el segundo habrían podido, y debido, emanciparse de ellos completamente, como veremos en seguida.

No vamos a entrar en el examen particularizado de cada doctrina y

---

(5) VIVANTE, monografía citada en la Bibliografía general de esta obra, al número 47, y su *Trattato*, vol. IV, pág. 542 y sigs.; G. BONELLI, *Le assicurazioni sulla vita e le assicurazioni contro gli infortuni di fronte all'art. 453 Cod. Comm.*, publicado en Legge, 1890, II, págs. 62-67. Consúltese del mismo autor, *Il fallimento*. Ed. Vallardi, vol. I, pág. 383, nota; NAVARRINI, *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, Turín, 2.ª ed., 1912.

sentencias pronunciadas durante el primer período, ya que tendría que repetir, inútilmente, observaciones y críticas ya hechas en la parte general de este trabajo. Bastará hacer una sola constatación de carácter general, que parece dotada de cierto valor sugestivo para la valoración de nuestro Derecho actual, y que es la siguiente: Aun cuando a duras penas, y no sin vacilaciones, ya antes de la vigencia del Código de Comercio, la jurisprudencia italiana había llegado a reconocer la validez del contrato de seguro de vida a favor de tercero, ya considerándolo comprendido, artificiosamente, en las excepciones del art. 1.128 del Código civil, ya fundándola en la voluntad de las partes contratantes, ya sobre la analogía con el contrato vitalicio a favor de tercero. Mientras que, por el contrario, no han faltado tentativas después de entrar en vigor el Código de Comercio de 1833, para volver a someter el seguro a favor de tercero a las disposiciones del art. 1.128 del Código civil, y otras que iban más lejos y acudieron a la teoría de la oferta. De las principales de estas tentativas nos ocuparemos ahora particularmente.

## § 2.º TEORÍA DE MANENTI (6)

Iniciaremos este examen con la teoría recientemente sostenida por MANENTI, según la cual el contrato de seguro a favor de tercero (persona determinada) no puede ser, ni poco ni mucho, un contrato válido a favor de tercero; no lo es en el sentido del art. 1.128 del Código civil, y menos aún en el sentido que lo entiende la doctrina dominante hoy.

Ya hemos visto antes cómo MANENTI marcha retrasado también respecto a la corriente doctrinal dominante sobre el contrato de transporte. Pero mientras al tratar del transporte opera con la teoría de la oferta, que, aunque equivocada, ha tenido autorizados secuaces entre nosotros también, al tratar del seguro a favor de tercero va mucho más lejos aún, y llega a colocar esta institución, de la más indiscutible modernidad, bajo la vieja capa... ¡del testamento!

En efecto, según MANENTI, el contrato de seguro a favor de un tercero no es, en relación con ese tercero, más que *una verdadera y pro-*

---

(6) *Il contratto di assicurazione sulla vita con designazione di un terzo beneficiario.* en la «Riv. di Dir. civ.», I, págs. 589-629.

*pia disposición de última voluntad*; y la designación del tercero, en el contrato celebrado en su favor, sólo es *una nueva forma de testamento añadida a las establecidas y reconocidas por el Código civil en el capítulo II, Tít. II, Libro III, en las sucesiones testamentarias* (7).

Esta teoría de MANENTI, como ya he señalado antes, tiene algún antecedente y punto de contacto con la doctrina del Derecho común (8); pero en relación con nuestras leyes y nuestra jurisprudencia, puede, por lo que yo conozco, hacer gala del mérito de la más absoluta originalidad; así como, por otra parte, no puede desconocerse la agudeza y la habilidad con que el ilustre civilista de Siena se ha aprestado a sostenerla, «Horacio solo contra toda Toscana».

No vamos a someter la argumentación de MANENTI a una crítica minuciosa que la siga paso a paso, porque ello nos obligaría a abrir un paréntesis demasiado largo en el plan de esta obra. Nos limitaremos a poner en evidencia lo insostenible de alguna de sus fundamentales afirmaciones, lo que me parece suficiente para hacerla caer por tierra íntegramente.

Iniciaremos nuestro examen, por tanto, con la crítica que hace a la doctrina dominante. Esta crítica la dirige a demostrar que el beneficiario no adquiere derecho de ninguna clase, mientras vive el asegurado, pareciéndole que el pretendido derecho del beneficiario, a partir del momento de la celebración del contrato, es inconciliable con la facultad, reservada al asegurado a partir del mismo momento y hasta el de su muerte, de revocar o modificar la designación del beneficiario. El beneficiario —razona MANENTI— tampoco puede, mientras vive el estipulante, intervenir en el contrato celebrado en su favor y hacerlo irrevocable, según los términos del art. 1.128 del Código civil. Ahora bien —prosigue MANENTI—, ¿qué significa todo esto sino que el beneficiario del seguro no tiene ningún derecho hasta el momento de su vencimiento? (9).

Pero, ¿qué es lo que determina este vencimiento? ¿Acaso el transcurso de un plazo determinado? No; está determinado, nada menos, que por la muerte del asegurado. O, ¿qué extraño contrato a favor de tercero es éste en el que el tercero no sólo no adquiere derecho alguno

---

(7) Ob. cit., págs. 601-604.

(8) Eck, ob. cit. en la Bibliografía de esta obra, en el núm. 52.

(9) Ob. cit., pág. 591.

sobre el beneficio que aquel contrato debería proporcionarle, sino que tampoco adquiere el derecho a entrar en el mismo, de aceptar el beneficio que él le proporcionaría, sino después y por el hecho de la muerte del estipulante, de aquel que hasta ese momento, o sea durante su vida natural, «permanece siendo el dueño del negocio jurídico, *dominus negotii*, porque se reservó el derecho ilimitado de disponer», según la apropiada expresión de VIVANTE, y «porque —siempre según la justísima razón aducida por el mismo escritor—, no puede haber al mismo tiempo dos dueños del mismo derecho?»

La conclusión a que llega MANENTI en virtud de estas observaciones tuyas es, pues, la siguiente: *«Existe, ciertamente, un contrato entre el asegurado y el asegurador, pero el beneficio que de él debía producirse, la ventaja o provecho, sólo podrá ser destinado al tercero, y después adquirirse por él, como efecto de una verdadera y propiamente dicha disposición unilateral de última voluntad, concomitante o subsiguiente a aquel contrato, por parte del asegurado, del dominus negotii; destinada, precisamente, en cuanto tal, a tener eficacia solamente por efecto de la muerte y después de la muerte del que así lo dispone».*

Contra este razonamiento de MANENTI, son decisivas, a mi entender, dos consideraciones: la primera es que nada prueba la circunstancia o el hecho de que el beneficiario no pueda intervenir para hacer irrevocable el derecho establecido en su favor con la declaración de querer aprovecharse de él, según establece el art. 1.128 del Código civil; el hecho de que el beneficiario no pueda intervenir prueba, simplemente, que el contrato de seguro a favor de tercero no es válido, según los términos de aquel artículo; pero no prueba, al mismo tiempo, que no lo sea independientemente de ellos, y con eficacia para atribuir un derecho, precisamente al beneficiario, independientemente de cualquiera aceptación, que sería ineficaz antes de la muerte del asegurado, e inútil y superflua después de ella.

La segunda observación es que se equivoca MANENTI cuando de la posibilidad de la revocación por parte del asegurado deduce la inadmisibilidad del derecho del beneficiario. Ya hemos visto cómo, desde el punto de vista de la lógica jurídica, tan sostenible es la teoría que atribuye al beneficiario un verdadero y propio derecho desde el momento de la celebración del contrato, a pesar de la facultad de revocación reservada al asegurado, como la teoría que sólo le atribuye tal derecho desde el momento de la muerte de éste, sosteniendo que hasta ese momento sólo

tiene una simple expectativa de derecho. Si hemos dado la preferencia a esta última, es porque parece ser más conforme, indudablemente, a los fines y a las funciones de la institución misma, y porque con ella se logra evitar también algunas consecuencias inevitables que se presentan acogiendo la otra; pero, aunque se acepte esta doctrina, no se pueden acoger como buenos los argumentos aducidos por MANENTI para combatir la contraria (10); ni podemos concederle tampoco que sea absurdo el admitir que el derecho del beneficiario *surja, sí, pero subordinadamente a la facultad de revocación del asegurado*. Puesto que el derecho del beneficiario surge contra el asegurador, mientras que la facultad de revocación pertenece al asegurado, nada obsta, en el fondo, a trabajar aquí —como se ha hecho por muchos— con el concepto de la *condición*, considerando precisamente el derecho del beneficiario como un derecho sometido a condición resolutive o suspensiva (véase más adelante pág. 304 y sigs.).

Un segundo aspecto, bastante débil, de la teoría de este autor, es que con su teoría se ve obligado a explicar de modo diverso, y con consideraciones no siempre plausibles, varios principios admitidos por común acuerdo doctrinal o por expresas y apropiadas disposiciones legales, que se explican *bastante sencillamente y de un modo único*, aceptando la teoría que ve en el seguro un contrato válido a favor de tercero. Así, por ejemplo, está admitido universalmente que el beneficiario pueda exigir el capital establecido a su favor, *aunque haya renunciado a la herencia del asegurado*. La teoría dominante ve también en esto una confirmación de que el derecho del beneficiario está fundado sobre el contrato, a diferencia de su derecho sucesorio, que tiene su base en el testamento o en la ley. MANENTI, al negar esta teoría, se ve obligado a dar una explicación distinta, que es esta: «*Que ello es obra de la voluntad del asegurado, en cuanto se supone que al designar al beneficiario personalmente y no en su calidad de heredero, ha querido hacer independientes entre sí, en cuanto se refiere a aquella persona, la aceptación y adquisición del beneficio del seguro, de la de su herencia*».

Pero, realmente, no parece muy convincente esta explicación. La voluntad del asegurado (entiéndase su verdadera voluntad *en concreto*), difícilmente se dirigirá a esta combinación; pero, de todos modos, al

---

(10) Ob. cit., pág. 596.



recurrir a ella MANENTI debería admitir, en consecuencia, que la percepción de la suma asegurada pudiese implicar o no, según los casos, la aceptación de la herencia. Esto es: mientras que, según la teoría dominante, la percepción de la suma asegurada por parte del beneficiario (designado personalmente) no implica *jamás* aceptación de la herencia, según la opinión de MANENTI sería preciso distinguir, caso por caso, dejando al juez la facultad de decidir esta cuestión basándose en la interpretación de la voluntad del asegurado.

No es ésta la única objeción a que está expuesta la teoría de MANENTI, porque es muy lícito preguntar si es posible atribuir al asegurado, considerado como testador o como disponente *mortis causa*, la facultad de que se trata. Y lo cierto es que si se le concediera para el caso del seguro, sería preciso concedérsela después para cualquier otra disposición suya de última voluntad, lo que nos llevaría al absurdo.

Igualmente me parece inaceptable la valoración que hace MANENTI de otras reglas relativas al seguro de vida. Así, por ejemplo, el hecho de no deber pagar el beneficiario ningún impuesto sucesorio deriva, en su opinión, de que *«el Estado, para secundar los fines del contrato de seguro de vida, ha preferido (Ley 3 junio 1874), y, en realidad, sin algún sacrificio por su parte, gravar el mismo contrato de seguro en proporción a las primas antes que hacerlo sobre la adquisición del derecho al capital. De modo que, cuando el beneficiario adquiere y percibe el capital asegurado, el Fisco ya tiene percibida su parte»*.

No se puede negar la ingeniosidad de ese razonamiento; pero (aun haciendo una hipótesis poco probable) si la teoría de MANENTI fuese aceptada generalmente, y el beneficiario fuese considerado, por tanto, como adquirente a título de sucesión, ¿cree el propio MANENTI que el Fisco dejaría de exigir el impuesto correspondiente en vista de que ya lo tenía cobrado sobre el propio contrato?

La verdad es, por el contrario, que si el Estado se ha decidido a gravar el contrato como tal, ha sido porque se ha persuadido que no podría gravar nunca el capital asegurado como sucesión; justamente porque, según la doctrina común y la jurisprudencia, confirmadas por las Leyes más recientes, el beneficiario no adquiere a título sucesorio, sino en virtud del contrato celebrado en su favor.

Pero el punto más grave y delicado de toda la teoría de este autor está en la interpretación que hace del art. 453 del Código de Comercio.

Este artículo —escribe MANENTI (11)— sólo significa esto : que los acreedores del asegurado están excluidos de poder hacer valer sus derechos contra el capital asegurado, con la intención única de que *«las ventajas de los seguros permanezcan en beneficio exclusivo de la persona designada en el contrato»*. Lo que significa que, si ésta renuncia a aquel beneficio y a aquellas ventajas, no tiene lugar la exclusión de los acreedores.

Sin embargo, es elemental que, el hecho de que los acreedores puedan ser excluidos de ejercer sus derechos sobre determinados bienes de su deudor, no supone ni implica, precisamente, que tales bienes o derechos estén excluidos del patrimonio del deudor. Y tan verdad es esto, que parecidas exclusiones se dan en otros notables casos, tanto en nuestro Derecho civil como en el mercantil.

MANENTI niega, pues, absolutamente, que el beneficiario adquiera un derecho propiamente suyo sobre el capital asegurado a su favor en virtud del contrato de seguro; en su opinión, el beneficiario encuentra y coge la cantidad asegurada a su favor en la sucesión del asegurado, salvo que el art. 453 del Código de Comercio, al prohibir que los acreedores del difunto puedan apoderarse de esta suma, viene a garantizarle como si lo hubiese adquirido efectivamente en persona.

Apenas es necesario señalar la extrema sutileza de esta argumentación, ya que salta a la vista de cualquier lector imparcial. Ni es fácil comprender cómo puede MANENTI alegar en defensa de la misma la historia del art. 453 examinado, cuando, justamente, se lee en la relación de este artículo (Cámara de los Diputados, núm. 55), lo siguiente :

«En caso de muerte, ¿la suma debida por el asegurador forma parte de la sucesión del difunto, o se debe directa y personalmente a la persona designada en el contrato de seguro? El Proyecto, fundándose sobre la presunta voluntad de las partes, y *aceptando la opinión que prevalece en la doctrina y en la jurisprudencia*, declara que las ventajas del seguro quedan en provecho exclusivo de la persona designada en el contrato» (12). ¿No es evidente, pues, que la Relación, al declarar que

(11) Ob. cit., pág. 619.

(12) Sólo debemos observar aquí que una cosa es decir que el beneficiario adquiere un derecho propiamente suyo a la suma asegurada, y otra decir que *adquiere este derecho de modo perfecto desde el momento de la conclusión del contrato y en virtud de la sola voluntad, verdadera o presunta, de las partes contratantes*. En

«las ventajas del seguro quedan en provecho exclusivo de la persona designada en el contrato», quería declarar, precisamente, que no forman parte de la sucesión del difunto? (13).

Concluyendo, en suma: es preciso reconocer que la tentativa de MANENTI de llevar el contrato de seguro a favor de tercero bajo las reglas del testamento, aun cuando ingeniosamente sostenida, no resiste a la crítica de la misma. No sólo está en abierta contradicción con toda la historia de la institución jurídica de los seguros de vida a favor de terceros, sino también con el concepto que del seguro se tiene en la vida práctica. Quien celebra un contrato de seguro a favor de un tercero, no piensa, ni mucho ni poco, en hacer testamento: le falta el *animus testandi*. Hace sencillamente un contrato en vista de la propia muerte, y debe tener, y eso basta, la capacidad necesaria para ello. Es completamente arbitrario, por tanto, en mi opinión, el querer colocar el contrato de seguro de vida a favor de tercero bajo la figura jurídica regulada en el art. 759 del Código civil. El seguro no es un testamento, sino sólo un parcial y particular sustitutivo del mismo.

---

esta materia, tan sutil, es preciso insistir sobre esta distinción para evitar equívocos y confusiones. El derecho del beneficiario puede y debe ser considerado como un derecho propiamente suyo (*esto es, no derivado*); pero no tiene su fundamento, exclusivamente, en la voluntad de las partes contratantes y en el contrato, sino también en la ley que lo reconoce en virtud de la existencia del contrato. Es, por tanto, la ley la que debe determinar el preciso contenido de ese derecho; y si la ley calla sobre este punto, corresponde a la jurisprudencia completar esta laguna teniendo en cuenta su objeto y su finalidad. El art. 453 del Código de Comercio pone fuera de toda discusión que el derecho del beneficiario, en el momento en que nace, nace como derecho autónomo y propiamente suyo; pero no dice cuándo nace.

(13) En apoyo de sus tesis, según la cual, la cantidad asegurada a favor de un tercero vendría a encontrarse en el patrimonio del asegurado, salvo que el beneficiario podría cogerla en beneficio exclusivo suyo, excluyendo de modo particular a los acreedores del difunto, alega MANENTI en la ob. cit., pág. 619, y en vía de analogía, el art. 585, núms. 1, 4 y 5 del Código de procedimiento civil, y el art. 735 del Código de Comercio. Pero la analogía me parece muy estirada y forzada.

§ 3.º EL SEGURO DE VIDA A FAVOR DE TERCERO NO ES VÁLIDO,  
SEGÚN LOS TÉRMINOS DEL ART. 1.128 DEL CÓDIGO CIVIL

Queda, pues, demostrado firmemente, que el seguro de vida es un contrato válido a favor de tercero. Pero, en mi opinión, no lo es según los términos del art. 1.128 del Código civil. Para demostrar esta última afirmación mía, comencemos por hacer constar que este seguro no fué tenido en cuenta por los redactores del art. 1.121 del Código francés, sobre el que fué calcado, precisamente, el 1.128 de nuestro Código civil. Cuando fué redactado el Código francés, era escasamente practicado el seguro de vida a favor de tercero, y además, combatido como inmoral; y cuando fué redactado el Código italiano, si bien había adquirido una mayor importancia, no había logrado aún imponerse a la atención del legislador. Puede, por tanto, creerse que el legislador mismo no pensase de modo especial en ese contrato al acoger en nuestro Código aquella disposición del francés.

Con esta explicación no hemos logrado aún demostrar que deba ser excluído este contrato de seguro de vida como contrato válido a favor de tercero, según los términos del art. 1.128 del Código civil. Pero la demostración de la inaplicabilidad de ese artículo se hace patente en seguida en la práctica, ya por la falta de los extremos exigidos por él, ya por estar la consecuencia a que él conduce en contradicción con los fines a que tiende el seguro.

En cuanto se refiere a la primera de esas dos observaciones, es fácil destacar que el asegurado no puede ser considerado como un donatario que haya hecho una donación al asegurador, sometiéndola a un *modus* en favor del beneficiario; ni menos se puede sostener, por otra parte, que la estipulación a favor del tercero sea, en el contrato de seguro, condición de una estipulación que el asegurado haga para sí mismo. Es verdad que esta última hipótesis ha sido defendida en Francia por el Tribunal de Casación, y por autorizados escritores (14); pero es preciso recordar que el Tribunal de Casación, queriendo atribuir al seguro en favor de persona determinada el carácter de un contrato válido a favor de tercero, se encontraba en la necesidad de recurrir, de cualquier modo que fuese (esto es, violentándolo), al art. 1.121 de su Có-

(14) BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE. *Obligc.*, I, págs. 255-56.

digo civil; y esto a consecuencia del art. 1.165 del mismo Código civil francés, que no admitía más excepciones al principio de nulidad establecido en el art. 1.120 que aquellas admitidas por el mismo Código en su art. 1.121. Pero no se encontraba ante la misma necesidad la jurisprudencia italiana (incluso antes de entrar en vigor el nuevo Código de Comercio), y aun se encuentra menos en esa situación después, cuando el art. 453 de este Código ha venido a reconocer que del contrato de seguro de vida a favor de un tercero nace para éste, como beneficiario, un derecho propiamente suyo (15).

La inaplicabilidad del art. 1.128 del Código civil resulta, además, como ya he señalado antes, del hecho de que, según la recta interpretación de este artículo, el tercero no adquiere el derecho estipulado en su favor más que cuando ha declarado que quiere aprovecharse de él, mientras que en virtud de esa declaración lo adquiere de modo irrevocable, extinguiéndose cualquier otro derecho del estipulante que le sea contrario. Ahora bien; no es posible llegar a esta conclusión sin chocar contra la finalidad y el objetivo que persigue el seguro de vida a favor de tercero.

Los escritores franceses que, por la razón antes señalada, unen el contrato de seguro a favor de persona determinada al art. 1.121 de su Código civil, admiten que el beneficiario pueda aceptar, y hacer de ese modo irrevocable, para el mismo asegurado, el derecho de aquél. Pero en seguida añaden después que, de hecho, tal aceptación no tendrá nunca lugar, porque el asegurado se guardará bien de dar a conocer al beneficiario la existencia del seguro contratado a su favor, y que de todos modos el asegurado conservará siempre el derecho a revocar, propio de todo donante (art. 953 del Cód. civ. francés) (16).

Pero nosotros no tenemos necesidad de acudir a tales paliativos, porque creemos que el beneficiario no puede intervenir, con su aceptación,

(15) Por lo demás, aunque no existiese el art. 453 del Código de Comercio, siempre se podría admitir la validez del contrato de seguro a favor de tercero, en el sentido de la doctrina moderna, o sea independientemente del art. 1.128 del Código civil sobre la base consuetudinaria. Y así la acepta HASENHÖRL, en sus *Oblig.*, I. pág. 477, para el Derecho austríaco, independientemente del art. 1.019 del Código civil general en virtud del art. 1.º del Código de Comercio.

(16) BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Oblig.*, I, pág. 259 y sigs., de la traducción italiana.

en el contrato de seguro hecho a su favor (17), por ser esto contrario a la finalidad que la ley reconoce y tutela en el contrato de seguro de vida a favor de tercero. El beneficiario adquiere su derecho independientemente de toda aceptación suya, la cual es inadmisibles antes de la muerte del asegurado, y superflua después de ella (18). El seguro de vida a favor de tercero no debe unirse, por tanto, al art. 1.128 del Código civil italiano.

§ 4.º EL CONTRATO DE SEGURO DE VIDA A FAVOR DE TERCERO  
ES UN CONTRATO VÁLIDO EN EL SENTIDO DE LA DOCTRINA MODERNA

De cuanto llevamos dicho resulta ahora claramente que el contrato de seguro de vida a favor de tercero es, en mi opinión, un contrato válido a favor de tercero en el sentido de la doctrina moderna. Es un contrato consensual, no formal, celebrado entre dos personas (el asegurado y el asegurador), con el objeto y el efecto de atribuir un derecho a una tercera persona extraña (y no representada), a la conclusión del mismo.

Constituye una verdadera excepción, especial o típica, como se quiera decir, a la regla establecida en el art. 1.130 del Código civil, según el cual los efectos del contrato no se pueden producir más que entre las partes contratantes: excepción introducida por razón de oportunidad y utilidad por la jurisprudencia y las leyes comerciales.

El contrato de seguro a favor de tercero no se considera válido por la aplicación del pretendido principio de la validez de todo contrato a

(17) VIVANTE se expresa así, a este propósito, en su *Trattato*, IV, pág. 577: «El beneficiario no puede impedirle el ejercicio de estos derechos interviniendo en el contrato con su aceptación sin el consentimiento del estipulante; en este punto, la estructura particular del contrato de seguro ha modificado el derecho común que reconoce al tercero beneficiado el derecho a intervenir (art. 1.128 del Código civil). Este derecho de intervención debe serle negado; de otro modo, le quitaría al estipulante la facultad que se ha reservado de disponer, a su voluntad, del beneficio, y violaría el mismo contrato del que pretende valerse». Cfr. PACCHIONI, en la «Riv. di dir. comm.», año VII, fasc. 1.º

(18) Cfr. al mismo VIVANTE, *Trattato*, IV, pág. 593, el cual se equivoca, en cambio, al hacer surgir el derecho del beneficiario en el momento de la conclusión del contrato. Véase, además, pág. 330 y sigs.

favor de tercero, según la voluntad de las partes contratantes, sino más bien por la fuerza de una costumbre jurisprudencial, confirmada entre nosotros por la ley, la cual ha atribuído un derecho al tercero, *en este caso*, en virtud de un contrato a que ha sido extraño, de conformidad con la finalidad última, individual y social, a que atiende la institución del seguro (19).

Y, precisamente, debe tenerse en cuenta esta finalidad para resolver los problemas relativos a este contrato.

### § 5.º EL DERECHO DEL BENEFICIARIO

Entre estos problemas es fundamental, desde el punto de vista de nuestro estudio, el relativo al derecho del beneficiario. Que éste adquiere un derecho propiamente suyo, en virtud del contrato celebrado en su favor, e independientemente de cualquier aceptación o adhesión, es algo que hoy está aceptado por todos (20). Pero, ¿en qué momento surge este derecho precisamente? ¿Surge en el momento de la conclusión del contrato (o de la posterior designación del mismo beneficiario), o bien surge solamente en el momento de la muerte del asegurado?

---

(19) MANENTI, en la ob. cit., pág. 609, después de haber expuesto la distinción hecha por mí entre voluntad de las partes *in abstracto* y *voluntad in concreto*, con el fin de determinar si el derecho que se asigna al beneficiario debe considerarse transmisible a sus herederos en caso de su premoriencia (véase la «Riv. di dir. comm.», año VI, fasc. 5, y más adelante, en las págs. 321 y sigs. de esta obra) me opone que me equivoque al recurrir a la voluntad *in abstracto*, mientras que según las disposiciones de nuestro Código civil (arts. 1.131, 1.139 y 1.124) siempre se debe buscar la voluntad *in concreto* de las partes contratantes. A lo que respondo que su objeción está fundada sobre un equívoco. Nadie duda que, de acuerdo con los artículos citados por MANENTI, se debe buscar, por lo general, la voluntad efectiva, o *in concreto*, de las partes contratantes; pero esto vale cuando se busca establecer los efectos del contrato *entre las mismas partes contratantes*. Mas cuando, por el contrario, se trata de establecer los efectos de un contrato a favor de un tercero, en relación con el mismo tercero, ante el silencio de las partes es preciso acudir a su *voluntad in abstracto*. Cfr. la observación análoga hecha anteriormente en la página 142, y su nota contra una crítica análoga de LEONHARD.

(20) Cfr. GAREIS, ob. cit., págs. 278, 285; COHEN, ó. cit., pág. 54; GÖMÖRY, ob. cit., pág. 168; SIEGEL, ob. cit., pág. 53; STOBBE, *Deutsches Privatrecht*, II, páginas 120-22; WINDSCHEID, *Pandekten*, § 23, y entre nosotros, a VIVANTE, NAVARRINI, MANARA. Cfr. a MANENTI también, ob. cit., pág. 596, y *passim*.

En esto ya están en desacuerdo los escritores.

Muchos y autorizados juristas sostienen que sólo en el momento de la muerte del asegurado se consolida el derecho del beneficiario. Hasta ese momento no tiene el beneficiario más que una esperanza, o como dicen otros, una legítima expectativa.

En apoyo de esta opinión se aduce que no es posible hablar de un verdadero y propio derecho del beneficiario a la suma asegurada durante aquel período de tiempo en que el asegurado es todavía *dominus negotii*, y puede, por tanto, revocar el beneficio, ya directamente designando otro beneficiario, ya indirectamente cediendo o pignorando la póliza de seguro.

En cambio, se objeta por otros no menos autorizados escritores que la facultad de revocación y de disposición que tiene el asegurado puede conciliarse con el derecho del beneficiario. El beneficiario tiene un derecho que está sometido a una condición suspensiva negativa (21); un derecho sometido a la condición de que el asegurado muera sin haber revocado el beneficio. En este sentido se han pronunciado particularmente entre nosotros VIVANTE (22), TARTUFARI (23), NAVARRINI (24) y varias sentencias de nuestros Tribunales de Apelación.

¿Cuál de estas dos opiniones debe preferirse?

Ante todo, conviene reconocer que, desde un punto de vista puramente lógico, la elección se presenta mucho más difícil. El dar la preferencia a una o a otra depende principalmente del punto de vista más general desde el que se considera el problema. Considerando la validez del contrato de seguro a favor de tercero como fundada exclusivamente *en la voluntad de las partes contratantes*, aplicando así la pretendida regla moderna de la validez de todo contrato a favor de tercero, se puede sostener (y precisamente en virtud de la voluntad de las partes contratantes) que el derecho del beneficiario nazca, por lo general, en el momento de la conclusión del contrato. Partiendo, en cambio, de la idea opuesta, o sea que el contrato de seguro a favor de tercero sólo es excepcionalmente válido en virtud de las especiales disposiciones lega-

---

(21) No faltan tampoco autores que sostengan el estar el derecho del beneficiario sometido a condición resolutive.

(22) *Trattato*, IV, pág. 584.

(23) *Ob. cit.*, pág. 329.

(24) *Ob. cit.*, pág. 152 (2.<sup>a</sup> ed.).



les que lo regulan, se puede, por el contrario, llegar a negar que el beneficiario tenga un derecho suyo propio desde el momento de la conclusión del contrato. Es evidente, en efecto, que la ley sólo ha podido querer reconocer un derecho al beneficiario en tanto cuanto que eso pareciese necesario para el cumplimiento de los fines a que provee la institución de los seguros. Ahora bien, para alcanzar estos fines no es necesario exactamente el imaginarse al beneficiario como investido ya, desde el momento en que se celebre el contrato, de un derecho verdadera y propiamente suyo.

Secuaz de esta segunda dirección me inclino por la doctrina que niega la adquisición por el beneficiario de un derecho verdadera y propiamente suyo *desde el momento de la conclusión del contrato*. Para que el beneficiario adquiriera un tal derecho a la suma asegurada, es necesario, en mi opinión, que muera el asegurado; hasta que esto no suceda, el beneficiario no se puede atribuir más que una esperanza o una expectativa. Veremos en breve cómo, aun aceptando la teoría contraria, no es preciso llegar a ciertas consecuencias a las que ha llegado nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia (25).

§ 6.º DE SI EL BENEFICIARIO PUEDE ENTRAR EN POSESIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO CELEBRADO EN SU FAVOR PAGANDO LAS PRIMAS EN LUGAR DEL ASEGURADO

¿Puede el beneficiario, en vida, entrar en posesión del contrato de seguro celebrado a favor suyo, pagando las primas en lugar de hacerlo el asegurado?

La respuesta no es difícil cuando el asegurado consienta en esta operación, ya que, en tal hipótesis, el beneficiario que paga las primas puede ser considerado, en el acto de los pagos, como un representante del asegurado. Pero la duda surge, y sería, cuando el asegurado se muestra pasivo, y lo que es peor, cuando se opone a ello.

En la primera de estas dos últimas hipótesis se trata de interpretar la cesación de pagos por parte del asegurado, para decidir si ello implica una revocación en relación con el beneficiario; si así fuese, el beneficiario debería quedar excluido, en cualquier circunstancia, del

---

(25) Véase más adelante, pág. 321 y sigs.

beneficio (por lo que, aun admitida la validez de los pagos hechos por él, nunca podría alegar a la muerte del asegurado, y como beneficiario, ningún derecho a la cantidad asegurada, que debería ingresar, por el contrario, en el patrimonio del asegurado). Ahora bien, me parece que, salvo positiva demostración de una contraria voluntad del asegurado, tal debe ser la interpretación del hecho de dejar de pagar las primas. Ello quiere significar, en mi opinión, que el seguro ya no parece necesario o deseable al asegurado.

No se diga que cuando tal fuese su verdadera intención debería manifestarla de modo positivo; sería, en mi opinión, exigir y pretender demasiado. Los motivos que determinan a una persona a asegurarse en favor de otra son, precisamente, de índole íntima y delicada. Y así como la ley no exige ni hace depender de esos motivos la validez del contrato, no puede pretender tampoco, ni exigir, una positiva declaración en contrario para la extinción del mismo. El asegurado debe poder anular siempre el contrato, incluso, sencillamente, *no teniéndolo vivo*. Y, justamente, porque sólo su perseverante voluntad es la que puede perfeccionar y consolidar de modo definitivo el derecho del beneficiario.

Más podría oponerse a esto lo siguiente: así como en principio, es lícito a todo tercero sustituir a un deudor en el cumplimiento de cualquier obligación que le incumba, siempre que no sea de índole personal, así debe permitirse al beneficiario el sustituir al asegurado en el cumplimiento de sus obligaciones para con la compañía aseguradora. Sin embargo, es fácil responder a esta objeción. Ante todo, no es exacto que el asegurado esté obligado de modo absoluto a pagar las primas; durante el transcurso del seguro está obligado a pagarlas sólo en cuanto quiera mantener *vivo* el contrato; esto bien sentado, es dudoso, por lo menos, que el pago de las primas sea *contrahendi* más bien que *solvendi causa* (26).

Pero, aparte esta consideración, se tropieza con una grave dificultad en lo dispuesto por el art. 449 del Código de Comercio para admitir que el beneficiario pueda sustituir al asegurado en el pago de las primas, contra su voluntad, expresa o tácita. Dispone ese artículo, en efecto, que el seguro sobre la vida a favor de un tercero es nulo si el contratante no tiene algún interés en la existencia del seguro. Ahora

---

(26) Cfr. SRAFFA, en la «Riv. di diritto commerciale», año VI, 1908, pág. 500 y siguientes.

bien: el beneficiario que sustituye al asegurado en el pago de las primas, se asegura, en sustancia, una cantidad para el momento de morir el asegurado. Se objetará que tiene en vida un contrato de seguro ajeno y que, por tanto, no se puede decir que contrata el mismo. Pero es evidente que esta observación tiene un carácter marcadamente formal, mientras que el problema se resuelve, en mi opinión, en virtud de consideraciones sustanciales. Ahora bien: desde el punto de vista sustancial me parece que no se puede admitir que un contrato de seguro sobre la vida, celebrado por una persona determinada en favor de otra para el caso de la propia muerte, pueda ser poseído en vida por el tercero, independientemente y contra el consentimiento del asegurado. No debe ser lícito especular sobre la vida de otro. Y así ha sido reconocido por las más recientes leyes sobre el contrato de seguro; y en el recientísimo proyecto austríaco se establece expresamente, y sin excepción, como requisito para la validez del seguro sobre la vida de una tercera persona, el consentimiento por escrito de ésta (27).

#### § 7.º LOS DERECHOS DEL ASEGURADO A FAVOR DE TERCERO

Puesto que el beneficiario designado en el contrato de seguro no adquiere un derecho verdadera y propiamente suyo hasta el momento en que el asegurado muere sin haberlo revocado antes, es natural preguntarse si tal derecho pertenece al asegurado antes de aquel momento. La doctrina ha respondido afirmativamente en tiempos anteriores, y era lógico que respondiese así, puesto que no veía en el derecho del beneficiario sino el mismo derecho del asegurado cedido o transmitido a él de cualquier modo que fuese.

Pero desde el punto de vista de mi teoría, tiene otro aspecto el problema. Desde mi punto de vista conviene responder negativamente a la pregunta hecha. El asegurado con cláusula a favor de tercero no adquiere el derecho a la suma aseguradora, sino en el caso de que haya revocado el beneficio, lo cual es tanto como decir que no adquiere tal derecho sino en cuanto deje de ser asegurado a favor de tercero. El que es asegurado con cláusula a favor de tercero no tiene, en cuanto tal, derecho alguno a la suma asegurada; *sólo tiene el derecho a procurarse*

---

(27) Proyecto austríaco, art. 127.

*ese derecho* revocando, en provecho propio, la designación del tercero. Pero mientras no utilice tal derecho no es acreedor de la suma asegurada. Estamos, pues, en este caso frente a una obligación de la compañía aseguradora a la que no corresponde un crédito, momentáneamente.

El derecho que tiene el asegurado de convertirse en acreedor, revocando la designación del beneficiario en ventaja propia, o rescatando la póliza, es un derecho suyo *personal* que no puede ser ejercido por sus acreedores. Estos pueden invocar la revocación o el rescate realizado por su deudor, pero no pueden revocar o rescatar en su lugar.

También este es un principio que se justifica simplemente con la función propia de esta institución. Pero su fundamento jurídico debe buscarse en el art. 453 del Código de Comercio. ¿De qué serviría que el legislador hubiese asegurado con esta disposición suya el derecho del beneficiario contra los ataques de los acreedores si hubiese concedido a éstos, por otra parte, el poder impedir que naciera ese derecho? (28).

Sólo queda por resolver el caso, poco probable, de que el beneficiario repudie el beneficio. ¿Deberá aprovechar este repudio a la Compañía aseguradora, o a los herederos del asegurado? Colocándose en un punto de vista puramente lógico, se podría decidir en favor de la Compañía. En efecto, muerto el asegurado, la Compañía sólo está obligada respecto al beneficiario; por tanto, la renuncia de éste debería aprovechar solamente a ella. Sin embargo, no puede aceptarse esta solución si se tiene en cuenta la finalidad de esta institución, y la *ratio* del art. 453 del Código de Comercio.

La doctrina que funda la validez del contrato de seguro de vida a favor de tercero sobre la voluntad de las partes contratantes sostiene que, de acuerdo con esa voluntad, en caso de repudio por parte del beneficiario, la suma asegurada debe volver al patrimonio del asegurado. La solución es justa, pero su justificación me parece arbitraria, porque la hipótesis de que el beneficiario repudie el beneficio no se tiene en cuenta por lo general, y no se puede decir que haya una voluntad contractual en relación con tal repudio.

La verdad es que también aquí debe intervenir la ley, o la jurisprudencia, para resolver el problema en consideración a la finalidad de la misma institución.

---

(28) VIVANTE, *Trattato*, IV, núm. 2.413.

§ 8.º DE LOS VARIOS MODOS EN QUÉ PUEDE SER DESIGNADO  
EL BENEFICIARIO

Hasta este momento hemos supuesto siempre que el beneficiario haya sido designado individual y personalmente. Pero, ¿qué ocurrirá cuando la indicación de beneficiario sea genérica? ¿También en esta hipótesis deberán aplicarse los principios del art. 453 del Código de Comercio, o deberá volverse, más bien, a la teoría que considera el derecho del beneficiario como proviniéndole del patrimonio del asegurado?

Antes de entrar en la discusión de este delicado problema creo útil que preceda una consideración de orden general. El reconocimiento de un derecho al beneficiario como suyo propio y autónomo, nacido primeramente en su persona en virtud del contrato de seguro, en el momento de la muerte del asegurado, se debe a consideraciones de conveniencia práctica, como todos reconocen.

Al garantizar al asegurado la consecución de los fines de previsión acerca del porvenir económico de las personas que le son más queridas, contra las pretensiones y exigencias de sus acreedores e incluso de sus propios herederos, ha querido la ley dar un nuevo y potente impulso y estímulo al ahorro, sin perjudicar ningún interés legítimo de los acreedores del asegurado, o de otras personas que quedan pospuestas al beneficiario. La ley ha partido de la justa consideración de que, por estas personas no habría tomado sobre sí el asegurado, con toda verosimilitud, la carga del pago de las primas. Estas primas *las ahorra de sí mismo* el asegurado, haciendo sacrificios que no está obligado a hacer por nadie, y que por tanto debe poder hacer sólo por aquellas personas en cuyo favor se siente inclinado a hacerlos.

Parte la ley, por tanto, de una presunción que constituye la base de toda la institución del seguro de vida a favor de tercero; esto es, la presunción de que sólo la seguridad de ver asegurado al beneficiario el capital asegurado ha podido inducir al asegurado a someterse a la carga de pagar las primas respectivas.

Sentada esta consideración, y viniendo ahora a examinar las varias hipótesis que han dado ocasión a discusiones en el campo doctrinal, podemos comenzar observando que la autonomía y la independencia del derecho del beneficiario debe cesar, necesariamente, cuando resulte de modo seguro que la voluntad del asegurado, a este respecto, no fué aque-

lla que el legislador reconoce como normal en aquel que se asegura en favor de un tercero beneficiario. En efecto, es justo que la ley proteja de modo especial al beneficiario, ya que al hacerlo así atiende también a satisfacer un interés general y público; pero sería demasiado que sustituyese, en absoluto, al asegurado no atendiendo a su positiva y concreta voluntad en los casos en que ésta conste con certeza.

El asegurado, como he dicho otras veces, no está obligado a tener en cuenta, en primer lugar, los intereses de sus acreedores. La ley se contenta con que no les dañe fraudulentamente. Pero si el asegurado ha querido, espontáneamente, subordinar el derecho del beneficiario al de sus acreedores no existe ningún motivo para oponerse a ello. Se tratará, por tanto, de interpretar la verdadera voluntad del asegurado, pero no para decidir si el beneficiario designado deba adquirir un derecho propiamente suyo, inatacable por los acreedores del asegurado, sino —nótese bien— *para decidir si tal derecho no se le debe atribuir*. En otros términos: la regla está a favor del beneficiario; pero es regla que tiene sus excepciones en obsequio y respeto a la voluntad verdadera y concreta del asegurado.

Partiremos de un caso, no frecuente en la práctica, pero en cambio de segura decisión en la teoría; el caso en el que el asegurado ha contratado el seguro *a favor de la propia herencia*. Es indudable que, en este caso, el art. 453 del Código de Comercio no puede ser aplicado. La suma asegurada, al estar destinada a aumentar el caudal de la propia herencia, por disposición expresa del asegurado, debe sufrir la suerte que la ley impone a la herencia misma, y servir de garantía a los acreedores del difunto, por tanto. Lo mismo ha de decirse en el caso en que el seguro se haga *a favor propio y de los propios herederos*, puesto que también aquí es evidente la intención del asegurado de atribuir la suma asegurada a los herederos a través de su herencia.

Pero si el asegurado ha estipulado, por el contrario, como sucede también, *a favor de los propios herederos*, surge una grave duda que ha dividido el campo doctrinal y la jurisprudencia en dos campos opuestos (29). Puesto que el beneficiario ha sido considerado *como heredero*, bien puede admitirse —se argumenta de una parte— que sea llamado a adquirir la suma asegurada a favor suyo *con tal carácter*: la adqui-

---

(29) VIVANTE, *Trattato*, IV, págs. 579-81.

rirá, por tanto, de la herencia, y el art. 43 del Código de Comercio no podrá tener aplicación. Pero se responde de la otra parte: el hecho de haber designado el asegurado al beneficiario en su calidad de heredero, no quita ni puede quitar el que lo haya designado *personalmente*; la suma asegurada en su favor debe considerarse, por tanto, como adquirida por él directamente, sin que descansa ni un momento en el patrimonio hereditario, y, por tanto, deberá aplicarse aquel artículo.

Para resolver esta grave controversia han invocado algunos escritores la teoría general del contrato a favor de tercero. Si todo contrato de esta clase puede tener por efecto el atribuir al tercero un derecho propiamente suyo y autónomo, cuando tal sea la voluntad de las partes contratantes, así deberá resolverse también en el caso de los seguros. Por tanto, el beneficiario designado como heredero, adquirirá directamente, o no, según cual haya sido la voluntad de las partes contratantes, o al menos del asegurado.

Pero esta doctrina no puede ser aceptada, por muchos y graves motivos. Ante todo, por partir de un principio general equivocado, en mi opinión. Pero además, también aparte de ese error inicial, porque conduce a resultados absolutamente inaceptables, dejando la decisión de cada caso concreto al arbitrio del juez, cuando la mayoría de las veces es difícilísimo, por no decir imposible, el determinar la voluntad *in concreto* del asegurado a favor de sus herederos.

Yo creo que se puede y se debe obviar este gravísimo inconveniente manteniendo con rigor, como principio, la adquisición inmediata del derecho a la suma asegurada por parte del beneficiario desde el momento de la muerte del asegurado. El derecho de los acreedores debe ceder ante el derecho de aquél, en los casos en que pueda realizarse aquella finalidad de interés público y general a que provee la institución de estos seguros. El beneficiario, tanto si está designado individualmente por su nombre, como si lo está genéricamente *como heredero*, debe recoger con preferencia a los acreedores del asegurado el resultado de las economías y sacrificios que el asegurado hace por él y no por otros. Y no hay, en realidad, ninguna razón plausible para dar a los acreedores más de lo que les corresponde según el Derecho común. Por tanto, no por respeto a la voluntad de las partes contratantes, sino en vista y atención a la función y fin social de los seguros de vida a favor de tercero, conviene aplicar también el art. 453 del Código de Comercio en

los casos de designación genérica del beneficiario con la fórmula *en beneficio de mis herederos* (30).

La Ley dispone claramente que la suma asegurada sea atribuída al beneficiario designado en el contrato en la forma que sea (esto es: individualmente, ó como hijo, o como heredero legítimo o testamentario), y esta disposición, que tiene su fundamento en el fin perseguido por el legislador al reconocer la validez del seguro a favor de tercero, sólo debe ceder ante la expresa manifestación de una voluntad del asegurado, contraria.

### § 9.º DEL SEGURO DE VIDA A FAVOR DE PERSONA INDETERMINADA Y FUTURA (31)

El criterio de que creo se debe partir para resolver el problema de que me he ocupado en el párrafo precedente, sirve también para facilitar la solución de otros problemas de que voy a tratar.

Se ha preguntado si es válido el seguro a favor de persona *indeterminada*, y se ha respondido afirmativamente, con tal que se trate de *persona determinable*. No se podría encontrar algún argumento serio para decidir de otro modo, ya que cuando el asegurado y el asegurador estén de acuerdo sobre la posibilidad de determinar la persona a cuyo favor se hace el contrato, bien poco importa que aquéllos no la hayan designado individualmente aún, o que no tengan de ella una idea concreta individual.

Las dudas que han existido a este propósito sólo son un resto y último reflejo de la antigua regla romana: *certum esse debet consilium testandi*; regla que tenía su razón de ser en relación con la institución de heredero dado el arcaico carácter de la sucesión romana, pero que no tiene nada que ver con la teoría de los contratos a favor de tercero en general, ni con el contrato de seguro en concreto.

En cuanto al seguro a favor de persona futura puede decirse que la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en negar su validez. Es

---

(30) Véase el Proyecto austriaco, §§ 128-130, y cfr. VIVANTE, *Trattato*, 3.ª edición, núm. 2.000 y sigs., y NAVARRINI, ob. cit., 2.ª ed., pág. 56 y sigs.

(31) Véase anteriormente, y cfr. NAVARRINI, ob. cit., y VIVANTE, ob. cit., también.



preciso —se dice— que el beneficiario esté concedido en el momento de la celebración del contrato de seguro.

Pero esta teoría, cuyos inconvenientes gravísimos son palpados y desatados por sus mismos fautores, va siendo rechazada decisivamente, en mi opinión. Ha sido originada por una idea errónea sobre la estructura del contrato de seguro a favor de tercero, y es una inexacta aplicación de los textos legales.

Es evidente, en efecto, por lo que se refiere al lado teórico de la cuestión, que, considerando el contrato de seguro como una oferta contractual al beneficiario, que debe perfeccionarse mediante su aceptación, no se podía en modo alguno llegar a considerarlo como válido cuando el mismo beneficiario no fuese aun concebido; no se puede concebir, en efecto, una oferta contractual a una persona aun inexistente.

Pero cuando se parte, por el contrario, de la idea defendida por mí, de que el seguro a favor de tercero es válido a favor de éste y le atribuye un derecho, propiamente suyo y autónomo, en el momento de la muerte del asegurado, en virtud de las disposiciones especiales de la ley que reconoce la validez de tal contrato, con el fin de favorecer y estimular los sentimientos de previsión y de altruísmo, resulta natural y fácil el resolver el problema planteado en sentido afirmativo.

Un padre de familia que no tiene hijos, pero que sabe que los puede tener y que se asegura la vida en su favor, merece, ciertamente, la misma protección de la ley que el padre que se asegura en favor de los que ya tiene. Los hijos que eran futuros en el momento en que se estipula el seguro, adquirirán en el momento de la muerte de su padre un derecho propio e independiente, siempre que existan en tal momento, aunque sólo sea *in útero matris* (32). Este derecho tiene su fundamento en la ley que lo concede en virtud del contrato de seguro. No es necesario, pues, recurrir a ninguna especial habilidad (del género de aquella empleada con su acostumbrada agudeza por BONELLI) (33), para justificar su existencia.

Pero surge otra dificultad. El contrato de seguro —se dice— respecto al beneficiario es una donación. Ahora bien, el art. 1.053 del Códico

---

(32) Cfr. LAMBERT, ob. cit., págs. 130-140; NAVARRINI, ob. cit., pág. 50; PACCHIONI, en la «Riv. di diritto commerciale», 1911.

(33) Cfr. BONELLI, mon. cit., en *Legge*, y *Quiebra*, I; NAVARRINI, ob. cit., página 53.

go civil dispone que *no pueden recibir por donación, ni aun bajo el nombre de persona interpuesta, los incapaces de recibir por testamento en los casos y en los modos establecidos en el capítulo de las «Sucesiones testamentarias»*. Y como el art. 764 del Código civil dispone que *«son incapaces de recibir por testamento aquellos que son incapaces de suceder por disposición legal»*, y el art. 724 del mismo Código declara incapaces de suceder por disposición legal: 1.º, *los que al tiempo de la apertura de la sucesión no están aún concebidos*; 2.º, *los que no han nacido viables*, se ha deducido que, estas dos categorías de personas no pueden ser designadas válidamente como beneficiarias en un contrato de seguro.

Pero esta argumentación que, a primera vista, parece irrefutable, no resiste, en realidad, una crítica detenida. El art. 724 declara incapaces para suceder a los no concebidos *en el momento de la apertura de la sucesión*. Para poder aplicar este artículo al contrato de seguro, es necesario determinar, pues, cuál es, en relación con el seguro, el momento correspondiente a la apertura de la sucesión. ¿Será el momento de la conclusión del contrato, o el momento de la muerte del asegurado? VIVANTE (34) no duda en afirmar que el beneficiario debe ser capaz de recibir el beneficio en el momento en que es designado en el contrato de seguro. Y es preciso reconocer que, desde su punto de vista, es lógica su afirmación. En efecto, si se coloca, como hace él, el fundamento del derecho del beneficiario en el contrato de seguro, *en cuanto tal*, es absolutamente necesario llegar a aquella conclusión. Pero ése es el error que precisamente me parece haber refutado completamente en el curso de este trabajo. El derecho del beneficiario presupone, ciertamente, la existencia de un contrato válido a su favor, celebrado entre asegurado y asegurador, pero tiene su fundamento en la ley, y se perfecciona, de acuerdo con ésta, en el momento en que el asegurado muere. Por tanto, a ese momento debe atenderse para determinar si el beneficiario es o no capaz; y cuando en ese momento esté ya concebido, o cuando exista en ese momento la persona de la que él pueda nacer después, deberá ser considerado válido el seguro hecho a su favor.

Pero la crítica a la doctrina y jurisprudencia dominantes no se ha

---

(34) *Trattato*, IV, núm. 2.007.

detenido aquí. LAMBERT la ha llevado, con vigor y perspicacia, mucho más adelante, hasta negar que sea necesario para la validez del seguro que el beneficiario esté concebido en el momento de la muerte del asegurado.

La argumentación del agudo civilista francés merece ser resumida y meditada. No puede negarse —dice LAMBERT— que el contrato de seguro a favor de un tercero sea con referencia al mismo tercero un contrato de donación, pero ¿es cierto que le sean aplicables los principios relativos a la incapacidad para suceder? La doctrina y la jurisprudencia francesa no han dudado nunca, pero en eso estaría su fundamental error, ya que el estudio de los precedentes históricos del art. 725 y del 906 (correspondientes casi por completo a los arts. 1.053, 764 y 724 del Código civil italiano), debería haber convencido de la necesidad de interpretar los citados artículos restrictivamente, excluyendo de su esfera de aplicación el contrato de seguro. LAMBERT intenta demostrar que el principio de la incapacidad de los no concebidos tuvo en el antiguo derecho francés vicisitudes varias, y si logró triunfar por último, *también en la sucesión testamentaria* (art. 19 de la Ordenanza de 1735), triunfó —según el testimonio explícito de D'AGUESSAU—, sólo con referencia a la institución de heredero, pero no para la de legatario ni para la donación (35).

Dados estos precedentes históricos y el absoluto silencio de los trabajos preparatorios, cree LAMBERT que es preciso proceder restringidamente al interpretar el art. 906 del Código civil. (Cfr. el art. 764 del Código civil italiano.) Este artículo dispone: *para ser capaz de recibir por testamento basta el estar concebido en el momento de la muerte del testador*. Tal precepto deberá referirse, por tanto, a los legados universales y particulares, pero *nada mas*. Los no concebidos en el momento de la muerte del testador, no podrán adquirir nada directamente por el testamento (*par testament*), pero podrán adquirir *en virtud del testamento* en cuanto el instituido como heredero, o el legatario particular, quede gravado con una prestación establecida en favor de aquéllos.

LAMBERT introduce de ese modo una distinción que él mismo reconoce que es sutil, pero que le parece conforme a los precedentes histó-

---

(35) LAMBERT, ob. cit., pág. 190.

ricos del art. 906, y fundada también sobre la verdadera *ratio* del principio que declara a los no concebidos como incapaces de adquirir por testamento. Esta *ratio* estaba fundada en que se quería evitar que la adquisición por testamento quedase en suspenso por un tiempo indeterminado. Ahora bien, esto se alcanzaba completa y seguramente declarando nulos los legados universales y particulares encaminados directamente a favorecer personas no concebidas, y manteniendo eficaces los indirectos.

Con esta interpretación restrictiva del art. 906 prepara LAMBERT el terreno para otra interpretación, igualmente restringida, del párrafo 1.º del mismo artículo 906, que dispone: *para ser capaz de recibir entre vivos basta estar concebido en el momento de la donación.*

LAMBERT intenta demostrar aquí que la incapacidad de los no concebidos para recibir la donación sólo se refiere a las donaciones directas, no a las realizadas mediante contrato a favor de tercero. Esta tesis la funda, ante todo, históricamente, con la demostración de que el movimiento que llevó a la abolición de las donaciones a los ausentes y a los *nascituri* estaba dirigido, solamente, contra las donaciones unilaterales por acto ante Notario, pero no contra las estipulaciones a favor de terceros. El párrafo 1.º del art. 906 no puede tener, por tanto, según LAMBERT, otro alcance; los trabajos preparatorios son favorables a una interpretación restringida, en cuyo favor militan también importantes consideraciones de equidad y conveniencia práctica (36).

Veamos ahora cómo se plantea la cuestión en derecho italiano. Debemos observar, ante todo, que la equiparación entre el seguro y la donación, en cuanto se refiere a la capacidad del beneficiario, tiene en derecho italiano consecuencias menos graves que en el francés, ya que nuestro Código declara capaz de recibir por testamento a quien todavía no ha sido concebido en el momento de la muerte del testador, con tal que sea concebido después por persona viviente en tal momento. Supuesto, pues, que para juzgar de la capacidad del beneficiario se debe tener en cuenta, según yo creo, el momento de la muerte del asegurado, también deberá reconocerse válido el seguro estipulado a favor de persona no concebida en el momento de la muerte, cuando se admita la doctrina dominante de la equiparación del beneficiario y

---

(36) Ob. cit., págs. 207-214.

del donatario, con tal que nazca después directamente de persona viva en aquel momento de la muerte.

Pero, aparte esta diferencia, la situación es la misma en el Derecho italiano que en el francés, y es muy natural, por tanto, preguntarse qué trato debe darse a los seguros a favor de personas futuras no concebidas en el momento de la muerte del asegurado, y ni siquiera *nascituri* de persona viva en aquel momento.

Nuestra doctrina más autorizada sostiene la nulidad de tales seguros. El beneficiario —argumenta VIVANTE (37)— debe ser capaz de recibir el beneficio, pero esta capacidad está regulada y determinada según las reglas que rigen los actos de liberalidad, puesto que tal es la designación de un beneficiario. «Son, pues, incapaces aquellos que al tiempo de la designación no estaban concebidos, a menos que no fuesen designados como hijos inmediatos de una persona viviente determinada». De modo análogo se expresan ASCOLI (38) y NAVARRINI (39).

Aun reconociendo la importancia de los argumentos aducidos por estos autores, no podemos ocultar nuestra tendencia hacia una solución diversa, al menos de *jure condendo*. En efecto, el beneficiario no es un donatario, verdadera y propiamente dicho, del asegurado. Lo que obtiene no proviene directa ni totalmente del asegurado. Tampoco es la intención que mueve al asegurado la que mueve al auténtico donante. Nuestro legislador ha reconocido, en parte, estos rasgos diferenciales que existen entre el contrato de seguro y la verdadera donación, al no exigir para el seguro las formas de la donación. La jurisprudencia y la legislación sólo darían un paso más en un camino ya señalado, al sustraer el seguro a lo dispuesto por los arts. 764 y 1.053 del Código civil italiano (40).

---

(37) *Trattato*, vol. IV, 3.<sup>a</sup> ed., núm. 2.007.

(38) *Donazioni*, págs. 258-259.

(39) *Ob. cit.*, pág. 103.

(40) VIVANTE, en la *ob. cit.*, alega también, en apoyo de sus tesis, los arts. 1.791 y 1.794 del Código civil, en los que se declara nula la renta vitalicia constituida por donación directamente o mediante contratos a favor de tercero.

§ 10. DEL SEGURO DE VIDA A FAVOR DE PERSONAS RELATIVAMENTE INCAPACES  
PARA RECIBIR A TÍTULO DE HERENCIA Y DE DONACIÓN

En el párrafo precedente he aclarado algunas dudas que surgen sobre la aplicación de la incapacidad sancionada por el Código civil en materia de donaciones y testamentos a los beneficiarios en los contratos de seguro.

¿Qué deberá opinarse sobre la llamada incapacidad relativa para recibir por testamento o por donación? Se podría pensar en declarar nulos, en el ámbito de los principios, los seguros a favor de las personas afectadas por tal incapacidad, en los límites de la misma, partiendo de la equiparación de los seguros con las donaciones, como en el caso de la incapacidad absoluta. Pero se ha observado muy justamente, en sentido contrario, que la posición del problema con referencia a la llamada incapacidad relativa es completamente diversa, porque esas incapacidades no son, en sustancia, verdaderas incapacidades, sino más bien prohibiciones positivas de la ley. El legislador no niega que aquellas determinadas personas sean capaces de adquirir, pero no quiere que adquieran, si bien admite que podrían adquirir. No se piense que esto es una sutileza conceptual o, peor aun, un juego de palabras. Por el contrario, es una distinción que da lugar a importantes consecuencias prácticas.

Los incapaces no adquieren porque no están en grado de adquirir, y la ley no hace sino reconocer y dar trascendencia jurídica a este su estado o modo de ser. La verdadera incapacidad subjetiva es siempre absoluta, por tanto, porque no se puede ser incapaz solamente frente a una determinada persona, o sólo en un cierto aspecto. La llamada incapacidad relativa, al no ser más que el reflejo de una prohibición, no tiene más alcance que el de la prohibición misma. Para poder decir cuáles son sus límites es preciso averiguar cuál es la verdadera extensión de la prohibición de que depende; esto es, es preciso interpretar el contenido de tal prohibición de acuerdo con su *ratio*.

Sentado esto, examinemos los casos de la llamada incapacidad relativa, que vienen a cuento aquí.

Según las disposiciones combinadas de los arts. 1.053, 764 y 725 del Código civil, el indigno de suceder *ab intestato*, o en virtud de testamento, es también incapaz de recibir donaciones. ¿Será también inca-

paz de recibir como beneficiario de un contrato de seguro celebrado en su favor por la persona a la que no podría suceder como indigno? Todo dependerá de cómo se conciba la *ratio legis*. Si se admite que el legislador ha partido de consideraciones de moralidad pública, por las que le ha parecido inadmisibles que el indigno pueda recibir un beneficio de aquel a quien ha ofendido, será preciso admitir, en consecuencia, que también el seguro es nulo en su totalidad. Si, por el contrario, se cree que el fin de la ley haya sido el salvaguardar la presumible voluntad del testador o del donante, entonces será preciso admitir que el seguro es válido en todos aquellos casos en que pueda pensarse que el asegurado lo ha estipulado a pesar de la indignidad; por ejemplo, por haber perdonado la ofensa recibida. Partiendo de este punto de vista, el seguro debería considerarse válido en cualquier caso en que se contratara después de recibida la ofensa, y podría serlo también cuando fuese mantenido sin revocar después de recibirla (41).

Análogas consideraciones deben hacerse en el caso de seguro a favor de hijos adulterinos o incestuosos. El art. 767 del Código civil dispone que los tales no pueden recibir por testamento y de su progenitor más que los alimentos. ¿Qué deberá resolverse sobre el contrato de seguro de vida que su progenitor haya contratado a su favor? La respuesta ofrece alguna dificultad, porque existe la duda de si el legislador, con la disposición del art. 767, ha querido defender simplemente a los hijos legítimos, o más bien defender con una pena, aunque injusta y cruel, la ordenación jurídica de la familia. Acogiendo la primera de esas hipótesis, se puede perfectamente declarar válido el seguro a favor del hijo adulterino o incestuoso, salvo el derecho de los hijos legítimos a exigir la restitución de las primas pagadas que excedan de los límites de lo debido por alimentos. Aceptando la segunda, sería preciso, por el contrario, reducir el beneficio a favor de los ilegítimos, limitándolo al importe de lo debido por alimentos. VIVANTE se pronuncia en favor de la primera de estas soluciones: «De esta forma (esto es, obligando al hijo beneficiario adulterino a restituir solamente las primas desembolsadas por el padre en cuanto excedieran del importe de los alimentos), el contrato de seguro sirve para mejorar la suerte de aquellos desgraciados a quienes la ley hace pagar la culpa del pa-

---

(41) Cfr. ASCOLI, ob. cit., pág. 439.

dre» (42). A mí me parece la cosa bastante dudosa, por lo menos, porque con la solución de VIVANTE se podría llegar a convertir la posición de *los adúlterinos en mejor que la de los hijos legítimos*, lo que sería ciertamente contra la intención del legislador.

Lo mismo debe decirse, en fin, para el caso de hijos naturales no legitimados cuando hay ascendientes o descendientes legítimos del testador. Estos son incapaces de recibir por testamento (y por tanto, también por donación), *«en cuanto exceda de aquello que la ley les atribuye en caso de sucesión intestada»*. Pero, ¿podrán recibir esos hijos más en virtud de un seguro de vida hecho a su favor por el testador? También en este caso la decisión depende esencialmente de la interpretación del fin que se ha propuesto el legislador con la disposición del artículo 768. Si se admite que ha querido simplemente la defensa de los parientes legítimos, será preciso decir que los hijos naturales pueden percibir el seguro íntegro con sólo reembolsar, en su caso, las primas que superen la cuota que le podía ser atribuída por testamento. Si, por el contrario, se cree (como parece ser la opinión más general) que el fin del legislador sea el combatir las uniones extralegales hiriendo a los hijos naturales; esto es, en otros términos: si se admite que esa disposición ha sido dictada por odio a los hijos naturales (43), entonces es preciso llegar a la conclusión opuesta: a dejar al beneficiario el beneficio del seguro, pero sólo dentro de los límites de la cuota que le habría podido ser atribuída por testamento.

Debemos tratar, por último, de la capacidad de uno de los cónyuges para poder ser admitido como beneficiario de un seguro de vida contratado en su favor por el otro.

En virtud del art. 1.054 del Código civil que dispone: *los cónyuges no pueden, durante el matrimonio, hacerse liberalidades mutuas, salvo en los actos de última voluntad en la forma y según las reglas establecidas para tales actos*, han llegado a sostener algunos autores la nulidad de tales seguros. Pero la jurisprudencia y la doctrina reconocieron en seguida lo erróneo de esa solución. Y así se dice en primer lugar que, así como el art. 1.054 no prohíbe los regalos corrientes, así conviene admitir también que no prohíbe que un cónyuge dedique válidamente una prima anual de seguro en favor del otro. El seguro mismo será

---

(42) *Trattato*, vol. IV, 3.<sup>a</sup> ed., núm. 2.022.

(43) ASCOLI, ob. cit., págs. 445-446.



válido, pues, ya que la prima, aunque es anual, es de tal entidad que puede ser juzgada —dada la fortuna del cónyuge asegurado— como un regalo corriente válido. Así ha dictaminado el Tribunal de Casación de Turín.

Aun aboga más eficazmente por su validez NAVARRINI (44), fundándose sobre la *ratio* de la prohibición del art. 1.054, y sobre la naturaleza del contrato de seguro. La prohibición —escribe— se dirige a evitar la expoliación entre cónyuges durante el matrimonio; y tan verdad es esto que el derecho romano (del que ha pasado a nuestra ley civil) admitía que las donaciones entre cónyuges se convalidasen cuando el donante muriese sin haberlas revocado. Ahora bien, puesto que el asegurado conserva mientras vive el derecho a revocar el beneficio estipulado a favor del otro cónyuge, ¿no es evidente que con el seguro en sí no se viola lo dispuesto en el art. 1.054? Y puesto que, por otra parte, si el legislador prohíbe las donaciones entre cónyuges por actos *inter vivos* las admite en cambio por acto de última voluntad, y puesto que el seguro presenta una cierta analogía con los actos de última voluntad, ¿no es natural y conforme al espíritu de la ley reconocer su validez? No creo dudosa la respuesta.

#### § 11. SI EL BENEFICIARIO QUE PREMIERE TRANSMITE SU DERECHO A SUS PROPIOS HEREDEROS

Admitido que del contrato de seguro surja un derecho a favor del beneficiario en el momento de la conclusión del mismo (45), falta ver si tal derecho es transmisible a los herederos del beneficiario en caso

(44) Ob. cit., 2.<sup>a</sup> ed., pág. 102 y sigs.

(45) Es evidente que si se niega que el beneficiario adquiera en este momento un derecho propiamente tal, se niega también que lo pueda transmitir a sus propios herederos en caso de premoriencia. Desde este punto de vista, el problema que se propone en el texto ya ha sido resuelto, implícitamente, por mí en sentido negativo (véase antes, pág. 304). Pero como se trata de una cuestión importante prácticamente, y puesto que la cuestión principal —que consiste en decidir si el beneficiario tiene ya un verdadero y propio derecho antes de la muerte del asegurado, o más bien una pura expectativa de derecho— es discutida y discutible (véase antes, págs. 303-4), creo que se debe afrontar el problema también desde el punto de vista de la teoría acogida por mis adversarios, porque también aceptando su punto de vista, se puede y se debe negar la transmisibilidad del derecho del beneficia-

de que éste premuera al asegurado, o si más bien debe admitirse, como regla, que es intransmisible hasta el momento de la muerte del asegurado, y que el derecho a la cantidad asegurada recae, en caso de premoriencia del beneficiario, en el patrimonio del asegurado que sobrevive. VIVANTE (46), NAVARRINI (47), TARTUFARI (48) y MANARA (49), seguidos por el Tribunal de Casación de Turín (50) y del de Roma (51), han aceptado la primera de estas dos posibles soluciones.

Sin embargo, a mí me parece preferible la segunda, siempre.

Al Tribunal de Turín le ha parecido suficiente la afirmación de que el beneficiario adquiere un derecho en el momento de la celebración del contrato para deducir que tal derecho deba ser, necesariamente, transmisible a sus herederos, incluso en caso de su premoriencia. Pero al argumentar así ha caído dicho Tribunal, si no me equivoco, en una petición de principio evidente, puesto que si se quiere considerar objetivamente la cosa, es preciso reconocer que *precisamente ése es el punto a decidir*; esto es: si el derecho atribuído al beneficiario lo ha sido para todas las circunstancias y perfectamente desde el momento de la celebración del contrato, de modo que pueda ser transmitido, o si, por el contrario, le ha sido atribuído solamente para el caso de su supervivencia al asegurado. Ahora bien: ¿con qué elementos puede resolverse este problema? En seguida lo veremos; pero ahora es preciso que sigamos todavía al Tribunal de Turín en su orden

rio, en mi opinión. La transmisibilidad es negada también por MANENTI, aunque por un motivo completamente distinto de los desarrollados por mí, en cuanto que es una consecuencia de su teoría que ve en el seguro de vida a favor de tercero una disposición de última voluntad. También la niega BONELLI, en su *Fallimento*, volumen I, pág. 383, nota. La teoría de la trasmisibilidad ha sido de nuevo defendida por NAVARRINI, en el periódico «La Legge», año 41, núm. 21. Véase mi réplica a éste en la «Rev. di diritto civile», año IV, fasc. II.

(46) *Trattato*, IV, pág. 594.

(47) *Ob. cit.*, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 37.

(48) *Ob. cit.*, pág. 644, donde habla, sin embargo, en general, y con una limitación que podría muy bien servir para rechazar la transmisibilidad del derecho del beneficiario.

(49) *Il diritto del destinatario*, pág. 62.

(50) Sentencia de 8 de junio de 1908 («Riv. di dir. comm.»), año VI, fasc. 5, 1908).

(51) Sentencia de 28 de abril de 1911 («Riv. di dir. comm.»), año IX, fasc. 8, 1911).

de ideas para intentar una refutación completa, deteniéndose en la interpretación del art. 453 del Código de Comercio.

Dice el Tribunal de Turín que es completamente superfluo cansarse en la discusión de varias teorías, y en comparaciones legislativas, para resolver el problema en cuestión, desde el momento que está *abierta y seguramente* resuelto por una disposición positiva de nuestra ley, o sea el art. 453 del Código de Comercio. Y si eso fuera verdad el Tribunal tendría razón plena. Pero, ¿es realmente verdad lo que el Tribunal afirma? Yo dudo mucho de ello. Es preciso, ante todo, hacer un poco de historia del citado artículo.

Es sabido cómo una de las principales dificultades contra las que ha tenido que luchar el contrato de seguro de vida a favor de tercero bajo el dominio de los Códigos civiles francés e italiano, nacía del conflicto de intereses existente entre el beneficiario y los herederos, o acreedores, del asegurado. La doctrina y la jurisprudencia quisieron sustraer la suma asegurada del alcance de los acreedores y herederos del asegurado para reservarla exclusivamente al beneficiario, favoreciendo de este modo, y defendiendo, aquel espíritu de previsión y de altruismo que constituyen el indispensable presupuesto de un benéfico desarrollo de la institución del seguro. Pero, como es natural, en el estado de la legislación de entonces, no era posible alcanzar, de tal modo, aquella seguridad que se estimaba necesaria, ya que una parte de la doctrina y de la jurisprudencia, aplicando rigurosamente las disposiciones del Código civil relativas al contrato a favor de tercero, sostenía y sentenciaba que la suma asegurada se apartaba del patrimonio del asegurado y podía, por tanto, ser reclamada por los acreedores del mismo en caso de quiebra, y exigir su plena entrega eventualmente (en caso en que el beneficiario fuese también heredero).

Fué exclusivamente con el fin de poner término a esta incertidumbre, en el sentido más conforme a la función de los seguros, por lo que intervino el legislador italiano (siguiendo los pasos del belga); y la disposición referente a este problema refleja de modo evidente el carácter taxativo, por así decir, de la reforma que se quería introducir. El art. 453 del Código de Comercio dice así :

«En caso de muerte o quiebra de quien se hace asegurar, sobre la propia vida o sobre la vida de un tercero, una cantidad que ha de pagarse a otra persona, aun cuando sea heredero suyo, las ventajas del seguro que-

dan en beneficio exclusivo de la persona designada en el contrato; salvo, respecto a las inversiones hechas, las disposiciones del Código civil que se refieren a la colación y la reducción en las sucesiones (art. 1.001 y siguientes del Código civil), y la revocación de los actos hechos en fraude de los acreedores (art. 1.235 del Código civil).»

No hay la menor duda, por tanto, de que este artículo sancione la *independencia del derecho del beneficiario* (esto es: que surge fuera del patrimonio del asegurado); pero, ciertamente, también parece ser que no sancione expresamente tal independencia *más que desde el momento de la muerte del testador y en relación con aquellos dos problemas prácticos de que se ocupa*. La misma forma del artículo parece decisiva en este sentido, en cuanto que habla *de las ventajas* del seguro, más bien que *de los derechos que del seguro nacen*, mostrando con ello que sólo quiere resolver el conflicto de intereses, antes señalado, entre el beneficiario y los acreedores del asegurado, o sus herederos. Con esto no pretendemos negar, naturalmente, que la base teórica de la innovación deba buscarse en la doctrina y teoría de los contratos a favor de tercero que dominaba en la doctrina, de tipo alemán, cuando se estaba redactando el Código de Comercio: ya hemos sostenido antes que el artículo 453 se debe entender (si bien con todo rigor no sea explícito sobre este punto), como derogante, en los casos de seguro de vida a favor de tercero, del requisito de la aceptación, verdadera o simulada o supuesta, de que habla el art. 1.128 del Código civil.

Lo que creo poder afirmar con toda seguridad es que en este artículo no se puede ver, de ningún modo, una decisión cualquiera sobre el momento *en que el derecho del beneficiario se hace transmisible*. Este artículo no considera, ni poco ni mucho, la especial situación de la premoriencia del beneficiario respecto al asegurado, y no se ocupa del posible conflicto entre los herederos del beneficiario y los del asegurado. Al considerar el derecho del beneficiario frente a los herederos (y los acreedores) del asegurado, tiene en cuenta, naturalmente, la *hipótesis normal*, esto es, la hipótesis de que la cantidad asegurada se haya hecho exigible, *lo que presupone que el asegurado mismo haya muerto antes que el beneficiario*. No se puede, pues, sin caer en la arbitrariedad, deducir del art. 453 razones en favor de la transmisibilidad del derecho del beneficiario *en el caso de que premuera al asegurado*, ya que el citado artículo presupone que, por el contrario, haya muerto

antes el asegurado. El art. 453 no prejuzga la cuestión que estamos examinando: respecto a ella es absolutamente neutral.

No se diga —como ha dicho el Tribunal de Turín— que el artículo 453 no presupone, necesariamente, que el asegurado haya premuerto al beneficiario, puesto que dispone igualmente para el caso de su quiebra, y también para este caso asegura al beneficiario las ventajas del seguro con preferencia a los acreedores del asegurado. Nada prueba esto en el problema presente. Ante todo, se debe observar que en la hipótesis de la quiebra *no hay premoriencia del asegurado* ni del beneficiario. La quiebra del asegurado viene a constituir una tercera situación completamente especial, que no tiene ningún nexo lógico con la cuestión aquí tratada. La ley dispone que el beneficiario prevalezca sobre los acreedores del asegurado quebrado; rechaza que éstos puedan apoderarse de la cantidad asegurada, y dispone que la misma quede a disposición del beneficiario para el momento en que el asegurado fallezca, si en aquel momento no ha sido revocado el seguro. El art. 453 no dice, ni expresa ni tácitamente, lo que deba suceder en caso de la premoriencia del beneficiario, y no se puede hacer que lo diga sin violentarlo.

En efecto, si el legislador ha dado la preferencia al beneficiario sobre los acreedores del asegurado, ha sido para favorecer el contrato de seguro de vida a favor de tercero y en defensa de la voluntad del mismo asegurado, manifestada en su contrato de seguro. Ahora bien: es evidente que si tal voluntad del asegurado desaparece, desaparece también la razón de la disposición correspondiente. Así, si se supone que el asegurado revocó, ninguna duda podrá existir sobre que la cantidad asegurada vaya a parar al patrimonio del asegurado, y sus acreedores podrán apoderarse de ella. Pero si, por el contrario, premuere el beneficiario, se trata de ver qué solución debe darse al caso; se presentará entonces nuestro problema y se deberá resolver, pero —conviene repetirlo— independientemente del art. 453 del Código de Comercio, ya que este artículo no considera ni poco ni mucho esta cuestión.

Pero si ese artículo no resuelve el problema, ¿a qué otro principio deberemos recurrir para resolverlo? La respuesta se presenta espontáneamente: a la voluntad de las partes contratantes que da fuerza legal al contrato. Será preciso averiguar, con relación a esa voluntad, si el derecho del beneficiario debe considerarse *como personal suyo*, y, *por tanto, no transmisible*, o más bien al contrario. El acudir a la voluntad

de las partes está perfectamente fundado, puesto que es indudable que al regular *ex novo* el contrato de seguro de vida a favor de tercero se quiere principalmente dar reconocimiento a la voluntad de las partes. Mas se puede hablar en doble sentido de *voluntad de las partes*: se puede entender *la real, efectiva y concreta voluntad que han tenido las partes*, y que podríamos llamar *su voluntad en concreto*; o bien aquella voluntad que *se puede admitir que tienen generalmente al estipular un contrato de seguro a favor de tercero*, y que podremos llamar *su voluntad en abstracto*. Estableciendo la investigación de la voluntad en el primer sentido, sería preciso indagar todas las circunstancias de hecho, investigación siempre difícil e incierta, y además absolutamente estéril. Dirigiéndola en el segundo sentido, será preciso, por el contrario, atender principalmente a la finalidad de la institución y a su función, y así es ciertamente más fácil orientarse.

Ahora bien, ¿a cuál de esas dos especies de voluntad se debe atender para determinar la transmisibilidad del derecho del beneficiario en caso de su premoriencia? A mí me parece indudable que a la segunda de ellas. El contrato de seguro de vida a favor de tercero es una institución que tiene objetivo y finalidad bien marcada, a la que, necesariamente, se adhieren todos aquellos que de ella se valen: *la voluntad de los asegurados, en ausencia de cláusulas explícitas, es simplemente asegurarse en la forma que supone la institución*; y por eso, más que los fines particulares y las ideas u opiniones personales de las partes contratantes, es preciso tener en cuenta, siempre, claro es, a falta de pactos expresos, a la función normal de la institución, para sacar de la misma los principios en que fundar la decisión. No es superfluo quizá el recordar que se ha querido hacer absolutamente independiente, y con razón, el derecho del beneficiario de las relaciones de diversa especie que pueden existir entre el asegurado y el beneficiario, y que, por tanto, jamás se podrán invocar estas relaciones para justificar la existencia de una voluntad del asegurado distinta de la que normalmente se le puede atribuir por el hecho de contratar el seguro.

No parecé aceptable, pues, la interpretación que de la voluntad del asegurado da VIVANTE (52), cuando después de haber afirmado la transmisibilidad del derecho del beneficiario prosigue: «*Ni repugna esta*

---

(52) *Trattato*, vol. IV, 3.<sup>a</sup> ed., pág. 594.

*solución a la voluntad presunta del asegurado. Si hubiese querido excluir a los herederos del beneficiario, habría desde un principio designado un segundo beneficiario llamándolo al beneficio en caso de premoriencia del primero, o habría revocado el beneficio después de la muerte de éste».* No es difícil poner de relieve la poca solidez de esta argumentación. Cuando una persona se asegura en beneficio de un tercero está dominada, en general, por la idea de que debe morir ella antes que la otra. El padre que se asegura en favor del hijo, el marido que lo hace en favor de la mujer, etc., están, por lo común, bajo la presión de una idea dominante, que es la de su premoriencia; y la hipótesis contraria queda tan en la penumbra para él, que la mayoría de las veces no se toma en consideración, por ese motivo, en el contrato. Los agentes de seguro podrían ofrecer a este respecto datos muy interesantes psicológicamente.

Debe notarse, además, que el asegurado, al permanecer *dominus negotii*, tiene razón al no preocuparse de la hipótesis de la premoriencia del beneficiario. En efecto, siempre tiene el derecho de privarle del beneficio mientras vive, y tanto más para el caso de que le premuera. Para esta hipótesis puede pensar fácilmente que tendrá tiempo de decidir según las circunstancias. Ahora bien, esta, que es en la mayoría de los casos la verdadera psicología del asegurado, se aviene mal con la interpretación dada por VIVANTE a la voluntad del mismo. Quien ha contratado un seguro a favor de su mujer, teniendo hijos, podrá librarse del pensamiento de designar como beneficiarios-sustitutos a los mismos hijos, pensando que a éstos, de cualquier modo, deberá llegar todo por un camino u otro; quizá no pensará que también los hijos pueden premorirle, pero ciertamente que no se le podrá atribuir por eso la voluntad de hacer que la suma asegurada en beneficio de su mujer vaya a parar a un remoto pariente de ésta con preferencia a sus propios padres o hermanos. Decir que si hubiese querido esto último *lo habría dicho*, no tiene un fundamento serio; si no lo ha dicho, probablemente será por parecerla demasiado natural que sea así, precisamente. Y tampoco sería correcto afirmar que el asegurado debía saber que al querer atribuir un derecho al beneficiario, ese derecho podría ser transmitido por éste a sus herederos propios en caso de su premoriencia. Los asegurados, en general, no tienen conciencia al asegurarse de querer atribuir un derecho al beneficiario en el senti-

do, por ejemplo, de la teoría de UNGER y de GAREIS (53). Se limitan a realizar un acto de previsión simplemente, y no se preocupan, al hacerlo así, de los rigores y las sutilezas de la doctrina jurídica. También el juez, si quiere interpretar genuinamente la voluntad, es preciso que se coloque en este punto de vista, tan práctico y social como teórico y jurídico; y entonces se verá llevado fácilmente a invertir la fórmula de VIVANTE, y a mantener como regla general la no transmisibilidad del derecho del beneficiario a sus herederos en caso de su premoriencia al asegurado.

Para ilustrar y confirmar esta nuestra tesis, será por lo menos oportuno hacer un rápido estudio de Derecho comparado. El seguro de vida a favor de tercero es una de aquellas instituciones que, nacidas de las necesidades de la vida moderna, se han presentado por todas partes con las mismas funciones y con los mismos caracteres. La interpretación que de ella se ha hecho ha sido por doquier, o poco menos, la misma, y si en ciertos aspectos secundarios existen algunas divergencias de construcción jurídica, no es debido a una distinta concepción de la naturaleza de la institución y de sus funciones, sino más bien a la circunstancia de que los seguros han tenido que conquistarse una disciplina jurídica conforme a su propia naturaleza, luchando contra disposiciones positivas legales que embarazaban su desarrollo. A pesar de estas divergencias, creo poder demostrar que la jurisprudencia y la legislación más recientes *se han pronunciado, en general, por la intransmisibilidad del derecho del beneficiario premoriente*; y que cuando se ha admitido la transmisibilidad lo ha sido en virtud de doctrinas especiales y de particulares disposiciones legales, que no pueden tener valor determinante entre nosotros.

Creo necesario reclamar de un modo especial la atención del lector sobre el argumento que se puede sacar de este estudio de Derecho comparado, por la circunstancia de haber sido apreciados erróneamente algunos de estos datos por el Tribunal de Turín.

---

(53) Es digno de notarse que el mismo UNGER, en la ob. cit., págs. 84-85, aun sosteniendo que el beneficiario adquiere un derecho verdadero y propio en el momento de la conclusión del contrato, admite, sin embargo, que según la intención de las partes, este derecho *no es, en general, transmisible a los herederos*. Cfr. también, HASENHÖRL, *Obbli.*, I, págs. 481 y 476.



I. DERECHO FRANCÉS.—Hemos visto que en Francia no está regulado el seguro de vida en beneficio de tercero con disposiciones legislativas propias (54). Estos seguros están sometidos a las disposiciones generales del Código civil sobre los contratos a favor de tercero; y como estas disposiciones, estrictamente interpretadas, no se adaptan a las necesidades, la doctrina y la jurisprudencia han terminado por violentarlas hasta llegar a una regulación satisfactoria de una relación cada día más frecuente y tan beneficiosa en la práctica. No expondré aquí las varias doctrinas, limitándome a hacer constar los resultados a que ha llegado la jurisprudencia francesa. Ante todo ha admitido que el derecho del beneficiario a la cantidad asegurada sea un *derecho propiamente suyo*, que nace para él directamente, en virtud del contrato, *sin entrar primero en el patrimonio del asegurado*, y de este modo ha sustraído la cantidad asegurada de los ataques de los acreedores del asegurado; como ha llegado también por el mismo camino a sustraerla de la obligación de la colación en el caso de que el beneficiario sea también heredero.

En cuanto se refiere, pues, al modo de adquirir el derecho el beneficiario, ha mantenido firmemente, en obsequio al art. 1.121. del Código civil, el principio de que dependa de su aceptación; pero ha admitido, sin embargo, contra la doctrina y jurisprudencia más antiguas, que esa aceptación pueda tener lugar de cualquier modo y *también después de la muerte del asegurado*, mediante la petición o reclamación de la suma asegurada, y con efecto retroactivo al momento de la celebración del contrato, con el evidente propósito, también aquí, de impedir que la cantidad asegurada pueda caer en el patrimonio del asegurado.

Siendo esta la configuración dada al seguro de vida en beneficio de tercero por la jurisprudencia francesa, es interesante ver cómo se ha pronunciado sobre la transmisibilidad del derecho del beneficiario. Sobre este punto no se ha tenido la menor vacilación: el derecho del beneficiario —se ha sentenciado— se perfecciona solamente con su aceptación (art. 1.121), y, por tanto, sólo desde este momento es trans-

---

(54) Existe un Proyecto de Ley francesa sobre Seguros, en el cual (art. 56) se hace depender el derecho del beneficiario, en general, de su supervivencia. Véase PACCHIONI, *A chi spetta la somma assicurata in caso de commorienza dell-assicurato col beneficiario*, en «Riv. di dir. comm.», vol. IX, fasc. 8, pág. 690.

misible. Por tanto, si el beneficiario premuere sin haber aceptado, nada transmite a sus herederos (55).

¿Qué valor tiene esta jurisprudencia francesa para la solución del problema en el Derecho italiano? El Tribunal de Turín no ha dudado en declararlo nulo. La razón de esa actitud puede resumirse así: En el Derecho italiano la transmisibilidad de ese derecho está fundada en el art. 453 del Código de Comercio; ahora bien, este artículo no existe en la legislación francesa, y, por tanto, es natural que aquella jurisprudencia se incline a favor de la intransmisibilidad.

Pero al argumentar así, el Tribunal italiano ha caído en un grave equívoco. En efecto: dado que la transmisibilidad del derecho del beneficiario estuviese fundada en el art. 453 (lo que por lo demás no está demostrado, como antes he expuesto), debería ser admitida también por la jurisprudencia francesa, la cual llenando una laguna de aquella legislación, ha introducido (del modo antes descrito) los mismos principios que en Italia han encontrado sanción legislativa en el art. 453 del Código de Comercio. Podremos, pues, dar la vuelta a la argumentación: si la jurisprudencia francesa, aun aceptando los principios del art. 453, no ha deducido de ellos la transmisibilidad, quiere decir eso que tal transmisibilidad no descende de aquellos principios; o sea, en otros términos: que está equivocada la argumentación fundamental del Tribunal de Turín.

Mejor podría haber hecho valer ese Tribunal el que una parte de la jurisprudencia francesa exige la aceptación del beneficiario para la perfección de su derecho, y que sólo desde el momento en que existe aquélla es transmisible el derecho. Ahora bien, si se admite que en Derecho italiano no es necesaria tal aceptación, podría decirse que en

---

(55) Compárense a este propósito: Cass. 15 de diciembre de 1878 («Rev. not.», núm. 4.597); 7 de febrero de 1877, «Sirey», 77, 1, 393; 2 de julio de 1884 («Rev. not.», núm. 6.958); Tribunal de Amiens, 19 de diciembre de 1877, «Sirey», 78, 2, 13; Tribunal de Lyon, 7 de abril de 1878, «Sirey», 78, 2, 820; Cass. 8 de febrero de 1888 y 8 de agosto de 1888. *Si el beneficiario muere antes de haber aceptado, no puede transmitir a sus herederos un derecho al capital asegurado que no tiene él mismo. En tal hipótesis, la estipulación en cuanto a él se refiere es nula y como no existente, y aprovecha íntegramente a los otros beneficiarios (o a la sucesión). Los herederos del beneficiario que ha muerto antes que el asegurado sin haber aceptado, no pueden, pues, aceptar la estipulación en lugar de su causante.* Cfr. también la sentencia del Tribunal de Douai, de 14 de abril de 1890.

Derecho italiano el derecho del beneficiario es perfecto desde el momento de la celebración del contrato, y como tal, sin más, transmisible. Pero también esta argumentación sería más aparente que real, porque aceptado que el beneficiario adquiriera su derecho en virtud del contrato hecho en su favor —lo que ya he rechazado— siempre queda que su transmisibilidad sólo podrá tener lugar cuando se admita que ese derecho no ha sido atribuído *ad personam*. Así lo ha visto algún escritor francés que no ha dudado en ir más allá que la jurisprudencia y negar la transmisibilidad aun después de la *aceptación*. Así, por ejemplo, DUMAINE, que escribe (56) que, «*aunque el beneficiario que muere antes que el asegurado hubiese aceptado la estipulación realizada a favor suyo, no transmitiría a sus herederos, de ningún modo, el derecho al seguro, puesto que la estipulación tiene siempre lugar en interés personal y exclusivo del beneficiario. En el porvenir de éste es en lo que ha pensado el estipulante*».

II. DERECHO ALEMÁN.—Echemos ahora una mirada al Derecho alemán. Aquí es preciso distinguir dos períodos: el del Derecho común y el de la codificación, atendiendo en especial al nuevo Código civil alemán, y a la reciente ley sobre el contrato de seguro. Fué especialmente obra de los autores de Derecho común y de los germanistas la elaboración en Alemania de la teoría de los contratos a favor de terceros, y a ella se debe que una parte notable de tales juristas se dedicara a propugnar el reconocimiento de la validez, en principio, de tales contratos. Se observa, sin embargo, que esta doctrina no proclamó jamás, *en el ámbito de los principios*, la transmisibilidad del derecho del tercero premoriente. Hacía depender esa transmisibilidad de la voluntad de las partes; y ya hemos tenido ocasión de recordar cómo, precisamente en materia de seguros sobre la vida a favor de tercero, los más autorizados autores excluían en principio esa transmisibilidad en caso de premoriencia respecto al asegurado. La doctrina alemana no se limitó, por lo demás, a excluir, en principio, *la transmisibilidad* del derecho del beneficiario premoriente, sino que intentó justificar esa actitud desde varios puntos de vista. Por unos se invocó, también a este propósito, la estrecha analogía que existe entre el seguro y la *donación mortis causa*; otros trajeron a cuento la distinción entre *derecho*

---

(56) *Du contrat d'assurance sur la vie*, pág. 109.

y *legítima expectativa*; otros, en fin, hicieron de ello una *quaestio voluntatis in concreto*... Pero, en suma, aunque los motivos fueran distintos, la decisión de principio era admitida casi universalmente, y se puede decir que la doctrina del Derecho común alemán, anterior al Código, era contraria a la transmisibilidad del derecho del beneficiario premoriente.

Por lo que se refiere a la codificación (prescindiendo de las legislaciones particulares ahora derogadas) y considerando solamente el Código civil alemán, debemos destacar que hubo en los trabajos preparatorios dos fases, la primera de las cuales está representada por el primer Proyecto, y la segunda por la *redacción del Código*. En el primer Proyecto, toda la materia de los contratos a favor de tercero estaba regulada atendiendo exclusivamente a la voluntad (*in concreto*) de las partes contratantes. De esta voluntad se hacía depender el que el tercero adquiriera o no un derecho; si lo tenía que adquirir inmediatamente, o después de un cierto tiempo; pura y simplemente o bajo condición; *ad personam* o transmisible... Si este Proyecto se hubiese convertido en ley, para decidir si el beneficiario premoriente transmitía o no su derecho al capital asegurado, hubiera sido preciso averiguar *la voluntad in concreto* de las partes contratantes, tarea realmente desesperada. Pero el primer Proyecto fué modificado, precisamente por esa excesiva importancia dada a la voluntad, efectiva o concreta, de las partes contratantes. Se observó, justamente, que no siempre las partes contratantes prevén todas las posibles combinaciones que la relación que crean puede producir, y que, por tanto, no tienen siempre la voluntad correspondiente a las mismas.

A consecuencia de estas críticas fueron profundamente modificadas las disposiciones relativas a los contratos a favor de tercero, como ya hemos visto antes. Esto es, se admitió que la voluntad de las partes pudiese dar vida legal al contrato a favor de tercero, pero *sólo en cuanto estuviere manifestada en el mismo contrato*; en caso de silencio de las partes se estableció, como criterio para resolver las posibles cuestiones, no su posible voluntad efectiva tácita, sino *la finalidad del contrato*; o sea, si se quiere hablar de voluntad, no la llamada *voluntad in concreto*, sino la voluntad *in abstracto*, aquella voluntad que se puede admitir que existe normalmente en las personas que celebran aquel determinado contrato que tiene su propia estructura y función.

Era esta innovación de gran importancia en cuanto que ponía en

evidencia lo erróneo de la doctrina caldeada por no pocos en Alemania (siguiendo los pasos de UNGER y de GAREIS etc.), según la cual el legislador debería haberlo dejado todo al arbitrio de las partes, renunciando a regular particularmente los diversos tipos de contrato a favor de tercero que se han consolidado en la práctica. Con aquella innovación, en otras palabras, el legislador alemán, aun concediendo la posibilidad de cualquier contrato a favor de tercero fundado sobre la voluntad de las partes, reconocía la necesidad de ocuparse de modo especial de aquellos particulares contratos a favor de tercero, típicos, que habían dado lugar, en definitiva, a la gran discusión sobre este punto. Y para esos contratos dictó normas especiales, inspirándose precisamente, *en su finalidad*, o, como podemos decir nosotros, *en su función práctica*. Así se dió entrada en el Código civil alemán al § 330 que establece, para ciertos casos, la presunción de que las partes contratantes han querido atribuir al tercero un derecho, aunque no hayan hecho explícita declaración de ello; y así, para no hablar de otros, se dió entrada en aquel Código al § 331, que resuelve la cuestión de que nos estamos ocupando en el sentido de rechazar, en principio, la transmisibilidad del derecho del beneficiario premoriente.

Dispone, en efecto, el § 331:

«Si la prestación a favor de un tercero debe producirse después de morir quien recibe la promesa de hacer dicha prestación, en caso de duda, el tercero adquiere el derecho a la prestación al morir quien recibió tal promesa» (57).

Se trata ahora de ver qué importancia puede tener esta disposición del Código alemán para la resolución del problema examinado en el Derecho italiano. El Tribunal de Turín afirma que no tiene ninguna importancia, por ser, precisamente, una disposición de Derecho alemán, sin correspondencia en nuestra legislación, en la que, por el contrario, existe una disposición opuesta en el art. 453 del Código de Comercio. Pero yo no creo necesario insistir una vez más, después de cuanto ya he dicho antes, en demostrar que el art. 453 no toca, ni poco ni

---

(57) La ley alemana sobre el contrato de seguro, de 30 de mayo de 1908, confirma el principio establecido en el § 331 del Código civil. Cfr. SCHENEIDER, *Comentario alla legge stessa*, München, 1908, págs. 167-168; PACCHIONI, en la «Riv. di dir. comm.», año IX, 1911, fasc. VIII.

mucho, la cuestión de la transmisibilidad del derecho del beneficiario.

Para juzgar de la importancia conceptual del § 331 del Código civil alemán, como elemento de Derecho comparado, es preciso partir de la comprobación de que no haya en el Derecho italiano alguna disposición que le sea correspondiente, sea conforme a él o disconforme. Y sentado esto, pronto se hace patente que el valor del § 331 depende en todo de la valoración de su contenido. ¿Contiene una disposición imperativa introducida por razones especiales valederas sólo en Alemania? En este caso, ciertamente que no tendría ningún valor para nosotros. Pero si sólo es una interpretación legislativa de aquello que puede presumirse ser normalmente la voluntad de las partes contratantes del seguro de vida en beneficio de un tercero, entonces podrá tener para nosotros aquel valor persuasivo que también debe atribuirse a la doctrina y la legislación extranjera, cuando, en iguales circunstancias de hecho, han resuelto los problemas que entre nosotros han tardado en presentarse en la práctica judicial.

Aquí conviene volver a recordar un motivo antes señalado, que es el de la internacionalidad del contrato de seguro en beneficio de tercero. Las funciones y los fines de este contrato son los mismos en Francia que en Alemania, en Austria que en Italia, y por eso es natural que su regulación tienda a ser la misma en todas partes. Si, para cortar de una con las posibles vacilaciones de la jurisprudencia y de la labor doctrinal, el legislador alemán ha creído conveniente establecer el principio del § 331 del Código civil alemán, ha sido así en cuanto ha interpretado la voluntad de las partes a la luz de las funciones que normalmente desempeña el contrato de seguro de vida en beneficio de tercero. Ciertamente, el § 331 no es obligatorio para nosotros *como ley*; pero no por ello podemos desconocer la importancia de su contenido conceptual. Así como esta autoridad sería ciertamente invocada si se tratase de introducir en nuestro Código una disposición correlativa, igualmente puede ser aducida en el campo doctrinal cuando se trata de resolver el problema en cuestión, ante el silencio de la ley italiana (58).

---

(58) Ya hemos destacado antes que también el proyecto francés sobre el contrato de seguro hace surgir, en principio, el derecho del beneficiario sólo en el momento de la muerte del asegurado. Con ese principio se declara opuesto a su transmisibilidad en caso de premoriencia. Lo mismo dispone el Proyecto austriaco en el § 129.

§ 12. A QUIÉN PERTENECE LA CANTIDAD ASEGURADA EN CASO DE MUERTE SIMULTÁNEA DEL ASEGURADO Y DEL BENEFICIARIO (59)

El caso se ha presentado recientemente ante el Tribunal de Roma, y ha sido resuelto en favor de los herederos del beneficiario. El Tribunal, acogiendo las enseñanzas de los autores citados por mí antes, ha creído que el beneficiario adquiere un verdadero y propio derecho en el momento de la celebración del contrato, y que este su derecho es transmisible. De esa opinión ha podido deducir, correctamente, que la suma asegurada en el caso que nos ocupa se debe a los hijos del beneficiario y no a los del asegurado. Partiendo de premisas opuestas (o sea negando que el beneficiario adquiriera su derecho ya en el momento de la conclusión del contrato, o al menos un derecho transmisible a sus herederos), llego yo, necesariamente, a una conclusión completamente distinta.

Puesto que, en caso de conmorienca, *non videtur alter alteri supervixise*, el derecho al capital asegurado no es adquirido por el beneficiario. Pero, aun suponiendo, y no concediendo, que lo adquiriese, ciertamente que no lo podría transmitir, por ser, como he intentado demostrar, un derecho *suyo personal*. En mi opinión, el capital asegurado debe ser atribuído, en todo caso, a los herederos del asegurado (60).

La cuestión que acabo de resolver en esa forma ha sido después de la publicación de la segunda edición de esta obra, vuelta a examinar y a discutir por MESSINEO, el cual se ha esforzado en resolverla con nuevas y originales consideraciones (61).

Para justificar la transmisibilidad a los herederos del beneficiario, premoriente o conmoriente al asegurado, del derecho al capital asegu-

(59) Véase *retro*, pág. 321 y sigs.

(60) Véase PACCHIONI, *A qui spetti la somma assicurata in caso di commorienza dell'assicurato col terzo beneficiario* («Riv. di dir. comm.», año IX, 1911, fasc. 8); NAVARRINI, *La commorienza del beneficiario e dell'assicurato e i diritti dei rispettivi eredi*, en «Legge», año 51, núm. 21, y PACCHIONI, *La commorienza del beneficiario e dell'assicurato e i diritti dei rispettivi eredi*, en «Riv. di dir. civ.», año IV, fasc. 2, págs. 187-204.

(61) F. MESSINEO, *Sulla condizione giurídica del terzo beneficiario nelle assicurazioni vita*, en el «Archivio giurídico», vol. 92, fasc. 1. (Cuarta serie, vol. VIII, fasc. 1, 1924.)

rado en su beneficio, se había sostenido hasta aquí que el beneficiario adquiere en virtud del contrato, *illico et immediate*, un *derecho condicionado*; esto es, el derecho a exigir el capital asegurado cuando el asegurado muera sin haber dispuesto otra cosa sobre el particular. Controversia y disparidad versaban solamente sobre la naturaleza de la condición que las partes habrían impuesto al negocio; o sea, sobre si se trataba de una condición suspensiva o resolutive. Pero esta disparidad no suponía una diversidad sustancial de resultados con respecto a la transmisibilidad del derecho del beneficiario, ya que todos los derechos condicionales, sin distinguir entre si son condiciones suspensivas o resolutivas, son transmisibles a los herederos: los sometidos a condición suspensiva, como derechos imperfectos pero perfectibles; y los sometidos a condición resolutive, como derechos perfectos pero de posible resolución. Un nuevo punto de vista, o por mejor decir, una nueva doctrina, se presentó por MESSINEO en su estudio, que conviene resumir y criticar ahora.

Para dar a la transmisibilidad un fundamento más seguro, este autor sostiene que el beneficiario adquiere en el momento de la conclusión del contrato de seguro de vida en beneficio de tercero, un *verdadero derecho puro y simple*. Este contrato no debería considerarse como estipulado *sub condicione*, sino como un contrato puro y simple, y el derecho nacido de él para el beneficiario sería también *puro y simple*, y como tal, indudablemente transmisible a sus herederos. La ley sólo admitiría su revocación *ad libitum* por parte del asegurado.

Esta nueva doctrina no puede aceptarse, en mi opinión. Sin embargo, pertenece a MESSINEO el mérito de haber profundizado el estudio del escabroso problema y haber aportado a él la contribución de agudas y fecundas observaciones. A través de un examen crítico de su doctrina, me parece que se puede llegar, en efecto, a este resultado: que el beneficiario no adquiere en el momento de estipularse el contrato hecho en su favor un derecho condicionado, y menos aún un derecho puro y simple, y que, por tanto, no puede transmitir, premoriendo o conmorriendo, a sus propios herederos.

Para negar la transmisibilidad del derecho del beneficiario, aun admitiendo que se trate de un derecho sometido a condición suspensiva, se ha recurrido por algunos autores al art. 1.162 del Código civil. Puesto que el beneficiario recibe la suma asegurada por obra y a costa del asegurado, se ha deducido que el correlativo derecho es incompatible



con el derecho a revocar *ad libitum* del mismo asegurado. Se trataría, en suma, de condición dependiente de la mera voluntad del deudor que, como tal, debería considerarse nula absolutamente. El beneficiario premoriente, por tanto, nada podría transmitir a sus herederos, puesto que nada habría adquirido él mismo.

Sin embargo, esta doctrina no resiste una crítica profunda. Olvida que, en el caso del seguro de vida en beneficio de tercero, el verdadero deudor no es ya el asegurado, sino el asegurador, con relación al cual, la revocación por parte del asegurado es *un hecho puramente fortuito*, porque es totalmente independiente de su voluntad. Si se admite, pues, que el beneficiario adquiere, en virtud del contrato de seguro pactado en su favor, un derecho verdadero y propio, aun cuando sujeto a condición, es preciso admitir del mismo modo su transmisibilidad a los herederos del beneficiario premoriente, salvo la resolución del mismo, por faltar la condición, en caso que el asegurado revocase el beneficio mismo, como siempre podría hacer después de la muerte del beneficiario.

La intransmisibilidad del derecho del beneficiario premoriente ha sido sostenida también desde otro punto de vista más radical. Se ha invocado a este propósito el art. 1.066 del Código civil, el cual dispone que «*es nula cualquier donación hecha bajo condición cuyo cumplimiento dependa exclusivamente de la voluntad del donante*». Aquel que contrata un seguro de vida a favor de tercero —se ha dicho— es en sustancia un donante; ahora bien, como en el contrato de seguro se reserva el derecho a revocarlo, nos encontramos frente a una donación cuya ejecución depende sólo de la voluntad del donante; esto es, ante una donación nula. El beneficiario, pues, no puede adquirir un derecho, y menos puede transmitirlo a sus herederos en caso de su premoriencia. La argumentación es impecable, pero su presupuesto es absolutamente inadmisibile. El seguro a favor de tercero no puede ser considerado como una donación; ante todo, no es necesario (aunque sea el caso más frecuente) que se haga a título gratuito. La causa de la relación entre asegurado y beneficiario está fuera del contrato en virtud del cual el capital asegurado es atribuido al beneficiario mismo, y *puede ser una causa solvendi o credendi*, mientras que el contrato mismo es, indudablemente, un contrato a título oneroso. Además, conviene notar que el capital asegurado no disminuye el patrimonio del asegurado, sino el del asegurador. De lo que dispone el asegurado es de

las primas, no del capital asegurado; lo que el beneficiario recibe es este capital y no las primas. En fin, es evidente que, aceptando la argumentación que combato, se llegaría a hacer imposible el seguro en beneficio de tercero, o a amputar el derecho de disponibilidad del asegurado: dos resultados absurdos. Conviene, pues, repudiar también esta doctrina.

La conclusión a que hemos llegado es que si se considera al beneficiario como investido, desde el momento de la conclusión del contrato, de un derecho suyo propio aun cuando condicional, es preciso admitir también que tal derecho lo puede transmitir a sus herederos, si premuere al asegurado, salvo el caso de que se cumpla o desaparezca la condición respectiva. Para llegar a un resultado diverso es preciso, pues, negar que el seguro sea un contrato condicional. Y esto es, precisamente, lo que conviene negar si se tienen presentes los principios que rigen en materia de las condiciones. En esta afirmación me encuentro de perfecto acuerdo con MESSINEO. En efecto, la condición es un acontecimiento futuro e incierto, de cuyo cumplimiento, *según la común voluntad de las partes contratantes*, se hace depender el que se produzcan o no los efectos de aquel determinado negocio jurídico.

Ahora bien: es cierto que el efecto, o al menos el efecto definitivo del contrato de seguro de vida en beneficio de tercero, depende para éste de un acontecimiento futuro e incierto; o sea de que muera el asegurado sin haber revocado el beneficio; pero no depende de eso por la voluntad de las partes, sino más bien por disposición positiva de la ley, que atribuye al asegurado el derecho a revocar el beneficio a su capricho y en todo momento, incluso cuando el beneficiario haya manifestado su voluntad de querer disfrutar del seguro; y es así, cómo fácilmente pueden ver todos, por ser indispensable para el recto funcionamiento de esta beneficiosa institución del seguro de vida, y para el pleno cumplimiento del fin ético-social a que el seguro tiende. Si el derecho a revocar por parte del asegurado tuviese su fundamento en la voluntad de las partes contratantes; si, en otros términos, el derecho del beneficiario estuviera sometido, por voluntad de las partes contratantes, a la condición de que muera el asegurado sin haber revocado antes, debería resultar así del mismo contrato, lo que no puede ser; e incluso cuando el contrato contenga una condición semejante no por eso se convierte en un contrato condicionado, pues tal disposición no puede tener otro significado que una referencia y llamamiento a la

norma dispositiva de la ley. No se trata aquí, en suma, de *condicio verdadera y propia*, sino de *condicio juris*; esto es, de un requisito exigido por la ley a fin de que el beneficiario adquiriera el beneficio. Hasta que tal requisito constitutivo se cumpla, el beneficiario no está investido de ningún derecho suyo verdadera y propiamente dicho. Su designación es considerada por la ley como provisional, y no puede, por sí misma, producir ningún efecto; ni siquiera el que señala el art. 1.171 del Código civil (medidas preventivas); es preciso a ese objeto que el asegurado muera sin haber revocado. De esto se sigue que, cuando el asegurado revoca, no destruye ningún derecho, sino que disipa una pura esperanza; hace imposible la realización de lo que era una simple *expectativa de derecho*. Diverso, y aun opuesto, sería el caso si se tratara de una verdadera y propia condición, ya que, en tal caso, habría, antes de verificarse la condición, un verdadero y propio derecho, aun cuando fuese condicional, que podría ser transmitido por el beneficiario a sus herederos. La diferencia, en efecto, entre *condicio* y *condicio juris* no consiste en otra cosa que en esto: que la *condicio* es una modalidad del acto creador de derecho, que limita, pero no destruye, el derecho creado por las partes; mientras que la *condicio juris* es un requisito indispensable para que nazca el derecho mismo. Ahora bien, lo que no ha nacido para alguien no puede ser transmitido.

Como he dicho, también MESSINEO cree que, en el caso de seguro de vida en beneficio de tercero, el hecho de haber muerto el asegurado sin revocar, debe considerarse como *condicio juris* del derecho del beneficiario. Por lo demás, entiende esta *condicio juris* de modo muy diverso al que me parece a mí que debe ser entendida. Según MESSINEO, el contrato de seguro atribuiría al beneficiario un derecho *puro y simple* desde el momento de su perfección, pero que estaría sujeto a revocación por parte del asegurado. La revocabilidad del derecho puro y simple del beneficiario no sería, sin embargo, más que *una posibilidad de la que sólo se debería tener cuenta cuando se verificase*, porque en tal caso vendría a destruir el derecho del beneficiario que, hasta ese momento, habría existido como derecho puro y simple. El no ejercicio por parte del asegurado de su derecho a revocar debería considerarse como *condicio juris*, no del nacimiento, sino del perdurar del derecho del beneficiario, no oponiéndose a esto la facultad de revocación reservada al asegurado. Del mismo modo que el mandante puede revocar el mandato, y como el donante puede revocar su dona-

ción sin que por ello se haya pensado jamás por nadie sostener que el mandatario no adquiere, en virtud del mandato, derechos transmisibles a sus herederos, y que el donatario no se convierte en propietario de las cosas recibidas en donación y pueda transmitir las al morir a sus herederos, así la revocabilidad del derecho del beneficiario —argumenta MESSINEO— no puede quitar que el derecho del beneficiario sea, mientras no es revocado, un verdadero y propio derecho, y como tal, transmisible a sus herederos.

Esta doctrina de MESSINEO no se puede aceptar. Su vicio fundamental consiste en esto: que con ella se equiparan hipótesis y situaciones que deben mantenerse diferenciadas netamente. Es cierto cuanto afirma MESSINEO de que no deben confundirse los negocios sometidos a condición resolutive con los negocios simplemente revocables. Pero no está del todo en lo cierto cuando añade que todos los negocios revocables son tratados del mismo modo; esto es, que el derecho a revocar implique necesariamente la existencia de un negocio que ya ha producido verdaderos y propios derechos. Es preciso, por el contrario, reconocer que, en algunos casos, la revocación sólo destruye simples *expectativas de hecho*, impidiendo la perfección de un negocio productivo de derecho sólo *en potencia* (así, por ejemplo, en los casos considerados en los arts. 910, 917, 921 del Código civil); en otros casos, por el contrario, sí que destruye verdaderos y propios derechos, pero los destruye sólo *en virtud de precisas causas predeterminadas por la ley*. Derecho es poder, y un poder que dependa del arbitrio de aquel contra el que debería ser ejercido no es un poder, sino más bien impotencia. Dada la distinción que hemos tenido que hacer, parece incorrecto el invocar, como lo hace MESSINEO, los arts. 1.165, 1.078, 1.511 y 1.787 del Código civil para sostener que el beneficiario tiene un derecho suyo propio a partir de la conclusión del contrato de seguro de vida hecho en su beneficio, si bien el asegurado pueda revocar en todo instante, y a su capricho, tal derecho. Ello es que el derecho a revocar considerado en aquellos artículos (aparte la diversidad de los casos particulares), se concede por causas precisas y predeterminadas, por lo que limita el derecho primitivo, aunque sin destruirlo; mientras que en el caso del seguro de vida a favor de tercero el derecho a revocar lo destruye, o, por mejor decir, atestigua que sólo existe como esperanza de un futuro derecho. El caso del beneficiario, por tanto, no puede ser equiparado a los casos tenidos en cuenta en los

artículos citados del Código civil, sino más bien a los tenidos en cuenta en los arts. 910, 917 y 921 del mismo Código.

Concluyendo: de los tres posibles modos de concebir la posición jurídica del beneficiario mientras vive el asegurado, y que son:

a) Que tiene ya un derecho al capital asegurado en su beneficio, pero sujeto a una condición.

b) Que tiene un derecho puro y simple, aun cuando sujeto a revocación posible (como sólo MESSINEO, que yo sepa, ha pretendido demostrar).

c) Que no tenga ningún derecho, sino sólo una expectativa de hecho a adquirir un verdadero y propio derecho, puro y simple, pero sólo cuando el asegurado haya muerto sin haber dispuesto de otro modo del capital asegurado;

la más fundada y racional en todo momento es esta última.

No me parece que las consideraciones de MESSINEO, que no están faltas de agudeza y profundidad, expuestas en su reciente estudio sobre este problema, la hayan removido de sus sólidos fundamentos.

## CAPITULO III

### DE LA ASUNCION DE LAS DEUDAS DE OTRO <sup>(1)</sup>

#### § 1.º NOCIONES GENERALES

Sólo intento ocuparme aquí de esta cuestión desde el punto de vista de la teoría de los contratos a favor de tercero; pero como se trata de un problema muy discutido, en relación al cual reina una gran confusión en la doctrina y en la legislación, intentaré hacer una exposición clara y completa en lo posible.

Se habla genéricamente de asunción de deudas ajenas siempre que una persona se obliga a pagar las deudas de otra. La persona que toma sobre sí esta obligación la llamaremos subrogante; al deudor primitivo, cuya deuda toma sobre sí el anterior, subrogado; y al acreedor originario le seguiremos llamando así (2) (a).

---

(1) No es del caso ahora dar una bibliografía completa sobre la asunción de deudas ajenas. Me limitaré a dar entre la alemana la siguiente: DELBRÜCK, *Die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Recht*, Berlín, 1853; MENZEL, *Zur Lehre von der Schuldübernahme*, en la «Grünhutszeitschrift», II vol., 1884; UNGER, *Schuldübernahme*, Viena, 1889; BLUME, *Novation, Delegation und Schuldübernahme* (Ihering Jahrbücher, vol. 39, pág. 400 y sigs., 1895); HELLWIG, obra citada; REICHEL, *Die Schuldmitübernahme*, Munich, 1909; y entre la italiana la monografía fundamental de COVIELLO, *Concetto della successione singolare nei debiti*, en el «Archivio Giuridico», vol. 56, 57, pág. 287 y sigs.; SRAFFA, *La vendita di un'azienda commerciale e i diritti dei terzi*, en «Giur. Itali», LVII; G. CORTE-ENNA, *L'accollo privativo e la cosiddetta successione nei debiti a titolo singolare*. (Estr. en el periódico «Filangieri», 1910, núms. 5-6.)

(2) Para todo lo referente a la terminología, cfr. BONELLI, en *Temi Veneta*, XXIX, 1904, págs. 506-510, que llama subrogado al que yo llamo subrogante, y viceversa.

(a) Ante la imposibilidad de traducir más exactamente los términos empleados por el autor: *accollato*, el deudor primero; *accollante*, el que asume la deuda aje-

No todas las asunciones de deudas ajenas producen, por lo demás, los mismos efectos.

Ante todo, es necesario distinguir entre la asunción de deuda destinada a producir sus efectos entre las partes (subrogante y subrogado), y la asunción que está destinada, por el contrario, a producir sus efectos en relación también con el acreedor originario. Además, esta segunda especie de asunción puede, a su vez, ser de distinta eficacia; esto es: liberativa o acumulativa, según que libere completamente al primer deudor (subrogado), o que ponga a su lado, por el contrario, un codeudor en la persona del subrogante.

En relación con la liberativa, aun se deben hacer otras distinciones posteriores, ya que, en lo que se refiere a sus efectos, esta asunción puede dar lugar a la novación, o a una sucesión especial en la deuda; mientras que, por lo que se refiere a las partes contratantes, puede ser llevada a cabo entre subrogante y subrogado, o bien entre subrogante y acreedor originario.

En fin, hay casos especiales de asunción, que por su gran frecuencia, y por ciertas características especiales, son tratadas aparte, y han tenido una disciplina especial en las legislaciones extranjeras más recientes.

Nos ocuparemos, brevemente, de todas estas clases de asunción.

## § 2.º DE LA LLAMADA ASUNCIÓN SIMPLE (3)

Puede ser que Ticio, deudor de 100 a Cayo, se dirija a Sempronio rogándole que asuma esta obligación suya, y que Sempronio acceda a ello, *prometiendo relevarle de ella*. Esta promesa no basta, por sí sola, para nacer en el primitivo acreedor derecho alguno contra Sempronio. Sólo crea una relación obligatoria entre el subrogante y el subrogado,

---

na, y *accollatorio*, el acreedor originario, que sigue siéndolo, he optado por designar a los dos primeros *subrogado* y *subrogante*, respectivamente, para evitar el tener que designarlos como deudor primero y segundo, llamando simplemente *acreedor* al que sigue siéndolo después de realizada la asunción de la deuda. (Nota del traductor).

(3) Los juristas alemanes distinguen entre *Schuldübernahme* y *Erfüllungsübernahme*, entendiéndolo, en general, por la primera, la asunción de la deuda frente al acreedor primitivo, y por la segunda, la asunción en relación con el deudor originario. La terminología no es tampoco firme y segura en la doctrina germánica.

cuyo más exacto contenido deberá determinarse mediante la interpretación de la voluntad de las partes contratantes. Salvo los resultados que puedan producirse en casos especiales, mediante esa interpretación, bien puede decirse que, en general, el subrogante no estará obligado, en principio, más que a liberar al subrogado, *de cualquier modo que sea*; esto es, ya mediante el pago al acreedor, ya mediante depósito judicial, o *datio in solutum*; ya, en fin, mediante una asunción posterior convenida con el acreedor primitivo, del modo que después expondré.

Pero lo que nos importa más establecer aquí, desde el punto de vista actual, es el lado negativo de la llamada asunción simple; esto es, que no da origen a un derecho del acreedor a exigir el cumplimiento de la obligación a aquel que la ha asumido, además de podersele exigir al deudor primitivo, o en lugar de éste. El acreedor no puede, fundado en la asunción simple, obrar contra el subrogante sino *utendo iuribus* del subrogado (art. 1.234 del Código civil) (4).

### § 3.º DE LA ASUNCIÓN CON EFECTOS PARA EL ACREEDOR

Pero puede suceder que el subrogante se haya querido obligar no sólo respecto al subrogado, sino también para con el acreedor, aun no habiendo contratado con éste, pactando la asunción con el subrogado en favor del acreedor. Pero una cosa es *querer* y otra *poder*. La cuestión relativa a los efectos de una tal asunción no puede ser resuelta en abstracto, sino en relación con las disposiciones positivas legales sobre los contratos a favor de tercero. Así, en el Código civil alemán, el *querer* es siempre *poder* (§ 328); pero no puede decirse lo mismo según las disposiciones de nuestro Código civil (arts. 1.128 y 1.130), siempre que sea justa la interpretación que he dado, en el curso de este trabajo, de los citados artículos, claro es. Según esa interpretación, el subrogante sólo quedará obligado para con el acreedor, en virtud de la asunción de la deuda hecha meramente con el subrogado, cuando esta asunción pueda ser considerada como condición accesoria de una estipulación que el subrogado haya celebrado para sí mismo, o como modalidad de una donación que éste haya hecho al subrogante.

---

(4) Véase COVIELLO, *La successione singolare nei debiti*, en el «Archivio Giuridico», vol. 56, págs. 324-326.



En estas dos hipótesis, el acreedor podrá obrar contra el subrogante, con tal que haya declarado su voluntad de querer servirse de la asunción realizada en favor suyo, antes de que haya sido revocada por el subrogado; y se aplicarán todas las reglas que he expuesto antes, al comentar el art. 1.128 del Código civil sobre revocación, transmisión, etcétera.

#### § 4.º DE LA ASUNCIÓN CON EFECTO ACUMULATIVO Y LIBERATIVO

Pero, ¿en qué relación vendrá a encontrarse la obligación del subrogante frente a la obligación primitiva del subrogado? Es indudable que un contrato celebrado entre subrogado y subrogante no puede, por sí solo, perjudicar el derecho preexistente del acreedor contra el subrogado. El acreedor conservará, en principio, su acción original contra su primitivo deudor. La asunción celebrada entre subrogante y subrogado no puede sustraer al acreedor su deudor primitivo; sólo puede darle un segundo deudor en la persona del subrogante (5). Creo, en otros términos, que la asunción realizada mediante contrato a favor de tercero es, en principio, *acumulativa*. Pero puede, sin embargo, convertirse en *liberativa* cuando el acreedor renuncie a su crédito para con el subrogado. Y esta renuncia puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando expresamente declare que quiere renunciar a su deudor primitivo; es implícita o tácita, cuando declare que quiere aprovecharse de la asunción de la deuda realizada en favor suyo, no obstante saber que aquella asunción se ha realizado entre subrogado y subrogante, a condición de que el acreedor declare que renuncia a su deudor primitivo. En efecto, el acreedor no puede valerse de la asunción de la deuda hecha en su favor más que respetando integralmente su contenido. No podría, por tanto, rechazar la condición indicada, declarando que aceptaba el nuevo deudor sin renunciar al primero.

---

(5) Véase PACCHIONI, *L'accollo dei debiti di un'azienda*, en la «Riv. di dir. comm.», año IX, fasc. 1. En cuanto a la relación entre la obligación del subrogado y la del subrogante, véase COVIELLO, en el «Arch. Giurid.», págs. 304-310.

## § 5.º DE LA ASUNCIÓN CELEBRADA CON INTERVENCIÓN DEL ACREEDOR

Y ¿qué ocurrirá en los casos en que no sea posible aplicar el artículo 1.128 del Código civil por no ser la asunción condición de una estipulación hecha para sí mismo por el subrogado, o de una donación que éste haga al subrogante? También en este caso, ciertamente, podrá perfeccionarse la asunción de la deuda y producir su efecto más completo, cuando el acreedor intervenga en ella. Pero, ¿de qué modo, precisamente, deberá concebirse esa su intervención?

Hay, a este propósito, varias teorías (6).

Una de ellas, que puede decirse domina en Alemania ahora, considera la asunción de la deuda celebrada entre el subrogado y el subrogante como un *acto de disposición del derecho del acreedor*, realizado por el deudor *sin autorización*. Sería, pues, el deudor primitivo quien dispondría, a su arbitrio, y, nótese bien, *en su propio nombre*, del derecho de su acreedor. Este, después, podría no hacer caso de tal acto, y en tal hipótesis conservaría intacto su crédito original contra aquel disponente; pero, interviniendo y aprobando aquel acto, sanaría, por el contrario, la situación creada por su primer deudor; esto es, perdería el crédito que contra él tenía y adquiriría otro, nuevo e igual, contra el subrogante. WINDSCHEID formula esta teoría de este modo: «*La relación es la misma que en la enajenación de una cosa, o aun mejor, de un crédito ajeno. Tal enajenación no es válida si no interviene el consentimiento de su propietario o acreedor, y se convalida si éste interviene*» (7).

Una segunda teoría, llamada teoría de la oferta, construye esta relación de modo más complicado aún. El contrato entre subrogado y subrogante no contendría en sí, todavía, la asunción de la deuda; sólo debería interpretarse como una irrevocable autorización, dada por el subrogante al subrogado, para ofrecer la asunción de la deuda al acreedor, a nombre del subrogante; y el consentimiento del acreedor debe-

---

(6) Véase un resumen más amplio y crítico en COVIELLO, ob. cit., y cfr. STROHAL, *Schuldübernahme*, págs. 204-9.

(7) *Lehrbuch der Pandekten*, § 338, núm. 6.

ría interpretarse como aceptación de la asunción propuesta por el subrogado a nombre del subrogante (8).

Una tercera teoría, en fin, actúa sobre el concepto de la llamada gestión representativa. El subrogado, al contratar con el subrogante, contendría la cláusula relativa a la asunción como representante del acreedor; esto es, *a su nombre*. El acreedor, si quiere consentir, ratificaría. La justificación de esta teoría parece bastante fácil. Como es indudable que el acreedor puede otorgar un mandato a su deudor para que contrate la asunción de la deuda con el tercero subrogante, a nombre del acreedor, así es también indudable que el deudor primitivo puede proceder a celebrar tal contrato, como gestor, sin mandato de su acreedor. La singularidad del caso consistiría, por tanto, sólo en esto: que se admitiría que el subrogado había pactado *en nombre propio* el contrato causal que contiene la asunción de la deuda, y, por el contrario, pactado *en nombre del acreedor* la verdadera y propia cláusula de asunción de deuda contenida en aquel contrato (9).

No nos adentraremos en el examen de los argumentos aducidos en favor de cada una de esas teorías. A falta de disposiciones positivas legales, nos acogemos a aquella que, en mi opinión, responde mejor a la manifestación real de esta relación jurídica en la vida práctica. Y me parece que la mejor es la llamada teoría de la gestión representativa. El deudor que pacta la asunción de la deuda por otro, obra, ciertamente, en su propio interés; mas para la consecución de ese interés suyo (que es el de quedar liberado de su deuda) necesita tener el consentimiento de su acreedor. Ahora bien, este consentimiento lo puede buscar y obtener de dos modos: o haciendo al acreedor una oferta de asunción de la deuda por otro, que el acreedor podrá aceptar o no, liberando al deudor, en caso de aceptar, desde el momento de esta aceptación, o bien, por el contrario, consintiendo, *en nombre del acreedor*, en la asunción misma, actuando como espontáneo gestor de negocios, y salvo la ratificación; y liberándose así, potencialmente, en caso de que haya posterior ratificación y en virtud del efecto retroactivo de ésta.

---

(8) Así, especialmente, HELLWIG, *Die Verträge auf Leistung an Dritte*, pág. 161 y siguientes.

(9) En el Derecho alemán, la teoría de la gestión representativa encuentra algún obstáculo en las disposiciones positivas del Código civil alemán, y más precisamente, en el § 177 en relación con el § 415. Cfr. STROHAL, *ob. cit.*, pág. 210.

Y, ciertamente, que de esas dos posibles formas de actuar, la segunda es la que mejor responde a la presumible intención de las partes contratantes y a las exigencias prácticas de la relación (10).

§ 6.º DE LA ASUNCIÓN EFECTUADA MEDIANTE CONTRATO  
ENTRE SUBROGANTE Y ACREEDOR

Y examinemos ya la asunción de deuda pactada sin intervención del deudor, mediante contrato entre el acreedor y el subrogante. Es evidente y archisabido que, así como cualquier tercero puede extinguir la deuda de uno, sin saberlo éste y aun contra su voluntad, pagándola en su nombre, así puede ponerse en su lugar como deudor cuando sea aceptado como tal por el acreedor. Este es el caso de la *expromissio* romana. Claro es, igualmente, que esta forma de asunción de deuda puede ser liberativa o acumulativa, sin especial dificultad (11). Será, generalmente, acumulativa; pero también puede ser liberativa, cuando así lo quieran las partes contratantes. Cuando subrogante y acreedor se encuentren de acuerdo sobre este punto, el subrogado queda liberado de su deuda; sobre esto no cabe la menor duda.

Pero una grave cuestión surge, por el contrario, cuando se procede a determinar cuál es la relación entre la obligación nacida para el subrogante en virtud de la asunción de la deuda y la precedente que se ha extinguido en el subrogado. Dos doctrinas se disputan el campo en este problema. La primera es la doctrina romana, que trabaja con el concepto de la *novación*; la obligación del subrogado queda extinguida, y en su lugar surge una *nueva obligación* en el subrogante. La segunda, es la doctrina germánica que opera, por el contrario, con el concepto de la *sucesión en la deuda*. Según esta teoría, la deuda del subrogado no se extingue, precisamente, sino que se traspasa, invariable, a la persona del subrogante.

Desde el punto de vista práctico, la diferencia fundamental entre estas dos teorías consiste en esto: que si se admite la *novación* es necesario considerar, en el ámbito de los principios, extinguidas las garan-

---

(10) Véase las agudas observaciones de STROAL, ob. cit., pág. 171 y sigs., y la propuesta allí adelantada *de iure condendo*.

(11) Véase HELLWIG, *Die Verträge...*, pág. 208 y sigs.

tías accesorias (prenda, hipoteca, etc., etc.) de la obligación primitiva, así como las excepciones que el subrogado habría podido oponer al acreedor. Por el contrario, admitiendo la *sucesión de la deuda*, las garantías accesorias permanecerían sin necesidad de reserva expresa, y así también pasarían sin más al subrogante las excepciones que el subrogado habría podido oponer al acreedor.

No vamos a exponer aquí la historia de la doctrina relativa a la *sucesión en las deudas*, ni repetiremos las razones aducidas en pro y en contra de ella (12). Nos limitaremos a destacar cómo la esfera de la posible aplicación de la llamada *sucesión en las deudas* ha sido recientemente esclarecida gracias a las profundas investigaciones alemanas sobre el concepto de la obligación. Según estas investigaciones —puestas de relieve en lo referente a nuestra cuestión por STROHAL—, es necesario distinguir en las obligaciones dos elementos: el elemento del deber o *debitum*, y el elemento de la responsabilidad, garantía, o *obligatio*, como se prefiera llamarlo. Cuando se dice que Ticio está obligado a pagar 100 a Cayo, se dicen con una sola palabra dos cosas muy distintas, que son: 1.º, que de él se espera que pague esa cantidad; esto es, que *debe* pagarla; 2.º, que, en todo caso, por esa cantidad responden ante Cayo todos sus bienes presentes y futuros.

Con estos antecedentes es evidente que, tanto uno como el otro de estos dos elementos, concurren a constituir, identificar e individualizar toda obligación. En tanto las obligaciones de Ticio son *sus* obligaciones en cuanto que es Ticio quien *debe* cumplirlas, y en cuanto que *su patrimonio es el que responde* en el caso de que no sean cumplidas. Para admitir que la obligación de Ticio permanezca tal cual es, en su persona, es preciso que no se modifiquen ni uno ni otro de estos dos elementos constitutivos; porque se comprende perfectamente que la obligación de Ticio no es ya *lógicamente* la misma cuando el *deber* de la misma pase a Cayo; como igualmente se comprende también que aquella obligación no es económicamente la misma ya cuando no está garantizada por el patrimonio de Ticio, sino, por el contrario, por el de Cayo. Y esto por la obvia razón de que la sensibilidad de Cayo al precepto jurídico, sobre el que se funda *el deber*, no es necesariamente la misma que la de Ticio, sino que siempre es distinta, como

---

(12) Nos remitimos a la amplia exposición de COVIELLO, ob. cit., y al importante libro de STROHAL, tantas veces citado en el curso de esta obra.

igualmente no es la misma garantía la ofrecida por el patrimonio de Cayo que la del de Ticio

Con estricto rigor, pues, se debe rechazar que una obligación de Ticio pueda pasar a Cayo, permaneciendo *la misma*; y la doctrina contraria que admite la verdadera sucesión está viciada por un fundamental error, por no haber tenido en cuenta que una obligación no puede ser considerada *siempre la misma* cuando cambia uno u otro de sus elementos constitutivos. Esto ha sido suficientemente destacado por STROHAL en cuanto se refiere a la sustitución del patrimonio responsable. Pero yo creo que basta para rechazar la sucesión particular, el simple cambio de la persona, por la razón ya aducida antes, de que toda persona, aun cuando hayan pasado a ella los bienes que garantizaban la deuda original, tiene una sensibilidad propia, mayor o menor, frente al precepto que le impone la deuda (13).

§ 7.º SI EN LOS CASOS DE ASUNCIÓN DE DEUDA MEDIANTE CONTRATO  
A FAVOR DE TERCERO TIENE LUGAR LA SUCESIÓN

Ya hemos visto que en estos casos, por lo general, no se origina ni *novación* ni *sucesión*, sino *acumulación*, en cuanto que el acreedor, al declarar que quiere aprovecharse de la cláusula de la asunción de la deuda que se ha pactado válidamente en favor suyo, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1.128 del Código civil, adquiere un nuevo deudor: el subrogante, sin perder el primitivo: el subrogado. Y precisamente porque este primer deudor permanece, y permanece tal como lo era

---

(13) Según STROHAL, en los casos en que la asunción es puramente convencional (esto es, en que el subrogante asume la obligación del subrogado sin que pasen a él los bienes del subrogado que constituían la garantía), la asunción no puede producir sucesión porque no se puede decir que la obligación nacida para el subrogante sea *aquella misma* que antes estaba en el subrogado (como se ha dicho, por el contrario, y afirmado sutilmente por WINDSCHEID). Otra cosa puede decirse, por el contrario —siempre según STROHAL—, en los casos en que el subrogante haya adquirido todos los bienes, o al menos aquellos que constituían la garantía de la obligación asumida: en estos casos nada se opondría, según este autor, a que se admitiera la sucesión, y más bien debería admitirse la sucesión donde este especial concepto jurídico hubiese sido sancionado positivamente en la ley positiva, como ocurre, precisamente, en Alemania. Véase a este propósito, PACCHIONI, *La successione singolare nei debiti*, en la «Riv. di Dir. comm.», año IX, 1911, fasc. 12.

antes, es preciso rechazar que se haya producido tanto una novación como una sucesión (14).

Sin embargo, hemos admitido que esta asunción de deuda puede, en casos determinados, convertirse en liberativa; esto es, que el acreedor libere al subrogado para atenerse sólo al subrogante. Y, esto supuesto, se pregunta si en esta hipótesis deba admitirse la novación o la sucesión.

Yo creo que tiene lugar la novación (15). En efecto, es necesario tener presente que la obligación del subrogante tiene siempre su fundamento en el contrato que ha celebrado con el subrogado en favor del acreedor. Ahora bien, si esta nueva obligación es distinta de la del subrogado en caso de asunción acumulativa, parece que debe ser considerada de igual modo en la hipótesis en que el acreedor renuncie a su primer deudor, ateniéndose exclusivamente al subrogante y dando vida así a una asunción liberativa. No se oponga a esto que subrogante y subrogado, al subordinar el nacimiento de la obligación del mismo subrogante para con el acreedor a la renuncia que éste haga de su crédito original, demuestran querer atribuir al acreedor, en el caso de que, efectivamente, renuncie, el mismo crédito que tenía originalmente, y cambiar sólo de deudor. Esta observación se resuelve, en mi opinión, en una petición de principios, puesto que lo que se trata precisamente de decidir es si se produce una novación o una sucesión.

§ 8.º SI SE PRODUCE SUCESIÓN EN LOS CASOS DE ASUNCIÓN DE DEUDA  
PACTADA ENTRE SUBROGANTE Y ACREEDOR

Deben distinguirse de los casos examinados en el párrafo precedente aquellos en que la asunción de la deuda se realiza mediante contrato entre subrogante y acreedor, bien directamente, bien por medio de representante. Nuestra ley distingue aquí dos posibles combinaciones que la doctrina designa con los términos de *delegación perfecta* la una, y de *delegación imperfecta* la otra.

Existe la *perfecta* cuando el acreedor primitivo (delegatario) no sólo

---

(14) Admite, por el contrario, la sucesión acumulativa HELLWIG, ob. cit., página 176 y sigs.

(15) COVIELLO, en la ob. cit., en el «Archiv. Giur.», vol. 57, pág. 355, se inclina, por el contrario, por la sucesión.

acepta como su nuevo deudor al subrogante (delegado), sino que, al mismo tiempo, libera *expresamente* al primitivo deudor (delegante o subrogado). Existe, en cambio, delegación *imperfecta* cuando el acreedor (delegatario), si bien acepta como su nuevo deudor al subrogante (delegado), no libera *expresamente* al deudor primitivo. En mi opinión, del hecho de quedar obligado el subrogado se deduce que, en este último caso, no puede hablarse de sucesión (16). Pero, ¿qué ocurre en el otro caso, el de la *delegación perfecta*?

Es indudable que nuestra ley (art. 1.267 y sigs.) trabaja en este caso con el concepto de la novación; ante el silencio de las partes debe, por tanto, admitirse la novación y no la sucesión, aunque el acreedor se haya reservado el mantenimiento de los privilegios y de las hipotecas, según dispone el art. 1.274 del Código civil.

Una duda puede surgir aún en el caso (más bien doctrinal que práctico) en que las partes, más que la novación, hayan querido la sucesión. Aquí es preciso decidir si tal voluntad puede, o no, tener efecto; esto es, si en nuestro sistema jurídico existe algo que se oponga al reconocimiento de la transmisibilidad de las deudas en virtud de la simple voluntad del acreedor y del nuevo deudor.

COVIELLO, que ha discutido este problema a fondo, no duda en responder afirmativamente, partiendo de la consideración de que a la voluntad de las partes se le debe permitir actuar libremente en el campo contractual, a menos que a ella se oponga algún principio de orden público. Ahora bien, tal principio, según COVIELLO, no existe, y, por tanto, nada se opone a admitir la posibilidad de una asunción de deuda sucesoria, junto a la novatoria tenida en cuenta en nuestra ley.

Pero yo no me puedo adherir a esa opinión y doctrina. Ante todo, observemos que no es aceptable el deducir de la admisibilidad de la sucesión en los créditos la admisibilidad de la sucesión en las deudas, por la simple razón, ya intuída por nuestros viejos juristas, que una cosa es el crédito y otra la deuda. Para un deudor es indiferente, en general (17), tener por acreedor a Ticio o a Cayo; en cambio, para un acreedor cambia radicalmente el aspecto del problema, porque la

---

(16) Véase HELLWIG, ob. cit., pág. 176 y sigs.

(17) Digo «en general», porque también puede suceder que el cambio de acreedor no sea indiferente al deudor. Bastará recordar la *Lex Anastasiana* y la prohibición de la cesión de los créditos hecha a los *potentiores*.



garantía que ofrece un deudor es siempre distinta de la que ofrece otro. Ahora bien, cuando cambia la garantía no puede decirse que quede sin alterar la identidad de la obligación. Y puesto que la sucesión presupone el perdurar de esta identidad, bien puede decirse que el concepto de sucesión queda desterrado cuando la responsabilidad o garantía cambia, como sucede, precisamente, cuando el deudor primitivo es sustituido por otro nuevo. El acreedor puede, pues, cambiar un crédito suyo en otro diverso, pero no puede hacer que su crédito permanezca siendo el mismo cuando, al cambiar la persona del deudor, cambia también la garantía de la deuda.

No ha obrado al acaso nuestro legislador cuando, sancionando la tradición romana, ha recurrido a la institución que mejor responde a la realidad de las relaciones y a la verdadera intención de las partes contratantes; mientras que la sucesión particular en la deuda sólo es una creación, poco feliz, de la llamada jurisprudencia conceptual germánica.

COVIELLO no desconoce, ciertamente, cuanto hay de cierto y verdadero en nuestras consideraciones, y realmente el lugar que le reserva a la sucesión, apoyado en argumentos puramente negativos, es muy modesto. Pero tampoco este modesto lugar destinado a esa institución tiene razón de ser, en mi opinión. La ley ha indicado a las partes el camino a seguir; les ha permitido lograr los principales efectos prácticos de la sucesión en las deudas con la cláusula de la reserva de los privilegios y de las hipotecas. No es fácil admitir, por tanto, que las partes puedan abandonar el camino indicado por la ley para llegar a los mismos resultados a través de una construcción teórica, por lo menos discutible.

#### § 9.º DE LA ASUNCIÓN DE UNA DEUDA, GARANTIZADA HIPOTECARIAMENTE, POR EL COMPRADOR DE LA FINCA HIPOTECADA

En los párrafos precedentes hemos considerado la asunción de las deudas ajenas desde un punto de vista general; examinaremos ahora algunos de los casos que se presentan en la práctica. Uno de los más importantes y frecuentes entre esos casos es aquel en que el vendedor de un fundo, gravado hipotecariamente en garantía de una deuda del vendedor, ofrece la asunción de ésta al comprador del fundo.

Para comprender y apreciar bien la verdadera importancia de este caso particular, es útil, ante todo, considerar los inconvenientes que se presentarían si no se practicase la asunción.

Ticio es propietario de un fundo cuyo valor es de 100.000 pesetas, sobre el cual ha establecido una hipoteca que garantiza una deuda suya de 50.000 pesetas a Cayo. Si Ticio intenta vender ese fundo y encuentra un comprador dispuesto a pagar el precio exigido de las 100.000 pesetas, con la condición de que el fundo quede libre de la hipoteca, la cosa no presentará, en general, dificultad alguna. Pero bien puede suceder que no se encuentre tal comprador, y que, por el contrario, se presente uno dispuesto a adquirir el fundo gravado con la hipoteca, descontando en el precio de compra el importe de aquella. En tal hipótesis, el propietario-vendedor vendrá a encontrarse en una situación desfavorable, ya que, realizada la venta en esa forma, siempre estará expuesto frente a su acreedor Cayo; y no sólo teóricamente, sino también prácticamente, cuando se haya hecho ineficaz la hipoteca a consecuencia, por ejemplo, de la destrucción de la finca gravada con ella. Por parte del comprador, tampoco es una situación agradable la suya, pues, eventualmente, está expuesto a la acción hipotecaria, de la que no podrá librarse más que mediante la entrega de la finca, o bien procediendo al juicio de liberación. En fin, en determinadas circunstancias, también el acreedor del vendedor-deudor podrá encontrarse embarazado. Supóngase, por ejemplo, que su deudor se hace insolvente; no tendrá otro camino que dirigirse contra el comprador del fundo hipotecado, y se verá expuesto a tener que contentarse con recibir el fundo hipotecado.

Con estos antecedentes se comprende que a los tres interesados pueda serles útil y conveniente proceder a una operación mediante la cual las relaciones jurídicas mutuas se simplifiquen, haciendo que se reúnan en una sola persona deuda y obligación, o, como dice nuestro Código, la obligación personal y la hipotecaria.

Esta operación es la asunción de la deuda; que puede realizarse mediante delegación, o mediante contrato a favor de tercero.

La asunción se realiza mediante contrato a favor de tercero, cuando el comprador se obliga respecto al vendedor, en el acto de la compra, a pagar al tercero acreedor la deuda del vendedor, garantizándola hipotecariamente con el fundo que se le vende. Sin embargo, pueden surgir dudas sobre los efectos de esta estipulación. Ante todo, se puede

preguntar si esa estipulación está destinada, necesariamente, a producir algún efecto en relación con el tercero acreedor. En efecto, ya hemos visto que, en el campo doctrinal, se diferencia la llamada asunción simple (la que es llamada por los alemanes *Erfüllungsübernahme*), de la asunción de obligaciones frente al acreedor primitivo (llamada por los alemanes *Schuldübernahme*). Ahora bien, podría pensarse que la asunción que acabo de describir sea una asunción simple, o sea productora de efectos solamente entre el vendedor y el comprador, sin atribución de derecho alguno al acreedor. Opinión que es sostenida, y debe serlo, por aquellos autores que creen que todo contrato a favor de tercero puede, sí, atribuir un derecho al tercero, pero sólo en cuanto eso sea específicamente querido por la voluntad de las partes, ya expresa, ya tácitamente manifestada. Pero que cuando no se manifieste en ese sentido su voluntad, la asunción de la deuda sólo producirá efectos entre las partes que la han pactado (18).

Nosotros hemos llegado a un resultado opuesto en lo referente al Derecho italiano, en virtud de la interpretación que he dado del artículo 1.128 del Código civil. Para mí, la asunción de deuda estipulada entre vendedor y comprador constituye siempre un contrato a favor de tercero, válido dentro de los términos de aquel artículo del Código civil, porque es condición de una estipulación que el estipulante pacta para sí mismo. No es necesario, pues, demostrar que las partes (subrogante y subrogado) hayan tenido la *específica voluntad* de atribuir un derecho al tercero; basta que hayan estipulado válidamente a favor de un tercero, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.128 del Código civil, y que el tercero haya declarado que quiere aprovecharse de tal estipulación.

Pero, ¿cuál es, precisamente, el efecto de la asunción en las relaciones entre subrogado y acreedor? ¿Permanece el subrogado como obligado para con el acreedor? Y en caso afirmativo, ¿cuál es la relación entre su obligación y la del subrogante?

Ya he sostenido antes que la asunción pactada mediante estipulación a favor de tercero no produce, por lo general, la liberación del subrogado. Es evidente, en efecto, que al declarar el acreedor que quiere aprovecharse de la asunción de la deuda no demuestra, *necesariamente*, que quiera liberar al subrogado. Por lo general, pues, la asunción pro-

---

(18) Esta es la teoría acogida en el Código civil alemán en sus §§ 329, 414 y 415.

ducirá la acumulación de deudores. Sólo en el caso en que el subrogante haya declarado expresamente que no quiere obligarse para con el acreedor más que a condición de que el subrogado quede liberado, podrá considerarse que el acreedor, a quien se le haya dado conocimiento de esta condición y declare, no obstante, que quiere aprovecharse de la asunción, renuncia a sus derechos sobre lo subrogado.

No se opone a esto lo dispuesto en el art. 1.271 del Código civil, ya que en la declaración de querer aprovecharse de la asunción pactada, en la que el subrogante declara expresamente que sólo se quiere obligar para con el acreedor en el caso de que éste libere al subrogado, puede verse muy bien, en el fondo, *una expresa declaración* del acreedor de querer liberar al subrogado; puesto que, en el supuesto de que tratamos, no se puede tener la voluntad de adquirir un nuevo deudor sin la correlativa de perder el antiguo.

Concluyendo, pues, podemos afirmar que, en general, la asunción de deuda pactada mediante contrato a favor de tercero da lugar a la acumulación de deudores; el subrogante queda obligado para con el acreedor, junto con el deudor subrogado. Sin embargo, cuando el subrogante haya declarado que sólo se quiere obligar para con el acreedor a condición de que éste libere al subrogado, puede admitirse que la declaración del tercero, de querer aprovecharse de la estipulación pactada en su favor con tal cláusula limitativa, equivale a la expresa declaración de liberación del subrogado que exige el art. 1.271 del Código civil en caso de delegación (19).

Hemos dicho que la asunción puede pactarse también mediante delegación. Por tratarse de figuras jurídicas semejantes, conviene apresurarse a declarar en qué se diferencia, más precisamente, la asunción llevada a efecto mediante contrato a favor de tercero de la realizada mediante delegación.

En la asunción realizada mediante contrato a favor de tercero, el acreedor no es parte contratante, sino tercero. Su declaración de querer aprovechar del contrato pactado en su favor no es una aceptación de oferta contractual, sino una simple *condicio juris* para la adquisición

---

(19) No entramos aquí en la discusión relativa a la relación entre la obligación del subrogado y la del subrogante. Bastará destacar que aquélla tiene su *cause* en la relación original entre deudor y acreedor, mientras que ésta tiene su fundamento en el contrato de asunción.

del derecho estipulado a su favor. En la delegación, por el contrario, el acreedor contrata, siguiendo la invitación de su deudor primitivo, con aquel que se convertirá en su nuevo deudor. La delegación, pues, se realiza mediante la conclusión de un contrato entre el delegado (el subrogante) y el delegatario (el acreedor), sin intervención alguna del delegante (el subrogado), que permanece extraño al contrato.

De esta fundamental distinción se siguen otras, y de modo principal ésta: que mientras la asunción realizada mediante contrato a favor de tercero sólo es válida en cuanto sea condición de una estipulación que el estipulante haga para sí, o de una donación que haga al subrogante, la asunción llevada a efecto mediante delegación es siempre válida; lo que representa un medio más seguro de alcanzar el fin perseguido con ella.

Observemos ahora, por último, que la asunción realizada mediante delegación, al igual que la realizada mediante contrato a favor de tercero, no puede dar lugar, en mi opinión, más que a novación o a acumulación. Ya hemos rechazado la teoría que admite la posibilidad de una asunción sucesoria; esto es, de una asunción mediante la cual el subrogante venga a encontrarse en la misma e idéntica relación obligatoria en que se encontraba antes el subrogado. Hemos visto que la obligación estaba constituida por dos elementos: un *debitum*, y una garantía, u *obligatio* en sentido técnico. Ahora bien, si puede admitirse que el *debitum* (el *id quod debetur*) permanezca el mismo, en general, aun cambiando la persona del deudor (lo que, en mi opinión, también debería rechazarse), no puede admitirse que la garantía ofrecida por el patrimonio, la capacidad, la honradez y el crédito de una persona determinada sea la misma que la ofrecida por el patrimonio, la capacidad, la honradez y el crédito de otra persona cualquiera. La construcción jurídica de la sucesión en las deudas está irremisiblemente condenada a quebrarse contra esta simple, pero decisiva, objeción.

La asunción, realícese como sea, es siempre, por tanto, o acumulativa o novatoria; por lo general, acumulativa; novatoria, cuando haya concurrido a ella la voluntad del acreedor. No puede sorprender que nuestra ley haya exigido la *expresa* voluntad del acreedor para dar lugar a la extinción de la deuda primitiva en caso de delegación, y responde a consideraciones de evidente equidad en la mayoría de los casos. Precisamente porque la garantía ofrecida por el subrogante no es nunca igual a la ofrecida por el subrogado, es lógico y natural que no

pueda imponerse al acreedor contra su voluntad. Al exigir, pues, que en el caso de delegación se manifieste esta voluntad *expresamente*, ha querido el legislador principalmente defender también al acreedor; y también aquí, por consideraciones de equidad, asegurándose de modo especial de su existencia efectiva.

Sin embargo, se puede hacer a nuestro legislador la reconvención de no haber distinguido de ningún modo entre los casos en que la garantía del acreedor es exclusivamente personal, y aquellos en que es también hipotecaria. El acreedor hipotecario, en efecto, encuentra en la hipoteca una garantía especial para cubrir su crédito, generalmente suficiente, y tiene por tal motivo menos interés, o menos necesidad, de conservar la garantía personal del deudor primitivo. Por ello habría sido oportuno favorecer la liberación del subrogado en los casos de asunción de la deuda, garantizada hipotecariamente, por quien adquiere el fundo hipotecado, por analogía con lo que dispone, por ejemplo, el Código civil alemán en su § 416, que dice así:

«Si el adquirente de un fundo asume, por contrato con el vendedor, una deuda de éste en garantía de la cual existe una hipoteca sobre aquel fundo, el acreedor sólo puede aprobar la asunción de la deuda cuando se le ha dado conocimiento de ella. Transcurridos seis meses desde que recibió esa comunicación, se tiene por dada la aprobación, a menos que el acreedor no la haya rechazado antes diciéndolo al vendedor: la disposición del § 415 al. 2, pr. 2, no tiene aplicación aquí.

»La comunicación del vendedor no puede ser hecha antes de que el adquirente sea inscrito como propietario en el registro de la propiedad. Debe hacerse por escrito; debe mencionar que el subrogante ocupará el lugar del subrogado, siempre que el acreedor no se oponga a ello dentro de los seis meses.

»El vendedor debe notificar la asunción de la deuda al acreedor, a petición del subrogante. Tan pronto como sea conocida la aprobación o denegación de la asunción, debe dar cuenta de ella el vendedor al adquirente.»

## § 10. LA ASUNCIÓN DE LAS DEUDAS DE UN NEGOCIO COMERCIAL (20)

Otro caso especial de asunción de deudas que merece ser considerado particularmente, es el que suele pactarse en los casos de traspasos comerciales. También aquí es preciso distinguir, ante todo, según que las partes hayan querido (comprador y vendedor del comercio) incluir o no en sus relaciones personales los efectos de la asunción de las deudas.

En el primer caso (que, según mi opinión, no se debe presumir, sino que debe resultar de modo cierto de los términos en que se ha pactado la asunción), los acreedores no adquiere derecho alguno contra el subrogante; sólo pueden dirigir sus acciones contra el subrogado, vendedor del negocio mercantil, salvo siempre, ya se entiende, los principios relativos a la *actio pauliana*.

En el segundo, por el contrario, pueden accionar también contra el subrogante cuando hayan declarado su voluntad de quererse aprovechar de la asunción pactada en su favor, según lo dispuesto en el art. 1.128 del Código civil. Equivocadamente se ha sostenido doctrinalmente, y se ha aplicado por la jurisprudencia alguna vez, una solución opuesta. GIORCI, por ejemplo (21), se esfuerza en demostrar que el caso examinado excede los límites del art. 1.128, *porque los contratantes no tienen en cuenta el interés del tercero acreedor, sino el del estipulante*, esto es, del vendedor del negocio comercial. En apoyo de esta opinión cita GIORCI una sentencia del Tribunal de Casación de Florencia, de 6 de mayo de 1889 (22), en la que se dice: «*Que no hay estipulación para otro cuando los contratantes, aunque con provecho para tercero, tienen en cuenta sus propios intereses y no el de aquél*».

Pero tanto GIORCI como la sentencia invocada por él, como otra sentencia más reciente del Tribunal de Apelación de Florencia, de 9 de julio de 1910, que insiste en el mismo concepto (23), yerran. No debe admitirse que la intención de atribuir un provecho al tercero sea requisito indispensable para la validez del contrato celebrado en su favor. Esta

---

(20) Véase la bibliografía citada en la pág. 342, núm. 1.

(21) GIORCI, *Oblig.*, III, 6.<sup>a</sup> ed., pág. 557, nota.

(22) Publicada en el periódico «La Legge», 1889, II, 403.

(23) Véase «Riv. di dir. comm.», año IX, y nota.

doctrina ha tenido —es verdad— sus defensores en el Derecho común (24), y no debe maravillarnos que encuentre secuaces aun hoy, por la fuerza sugestiva de la expresión *contrato a favor de tercero*. Pero ha sido repudiada, casi unánimemente, por los mismos escritores de Derecho común, y es absolutamente insostenible dentro del sistema de nuestra ley positiva y del art. 1.128 del Código civil.

En efecto, nuestra ley declara válido el contrato a favor de tercero que sea condición de una estipulación que el estipulante haga para sí mismo, o de una donación que haga al promitente. Cuando se dan esas circunstancias, la ley da al tercero el derecho a accionar contra el promitente, con la sola condición de haber declarado que quiere aprovecharse de aquella estipulación antes de que el estipulante la haya revocado. Nuestra ley no dice que las partes deban tener la intención de beneficiar al tercero, y que éste sólo adquiriera un derecho con esa condición; basta considerar las dificultades a que daría lugar tal exigencia para comprender cuán bien ha hecho al no exigirla. El derecho del tercero puede tener, en efecto, en las relaciones entre el tercero y el estipulante, las más variadas causas. Puede ser que estipulando a favor de tercero haya querido el estipulante cumplir una obligación (*solvendi causa*); o bien que le haya querido otorgar un crédito (*credendi causa*); o bien haya querido hacerle una donación (*donandi causa*); o bien que le haya querido constituir una dote (*dotis constituendae causa*), y tantas más. En esto consiste la utilidad de los contratos a favor de tercero, y su función; y no se encontraría realmente ninguna razón para sacrificar todo esto a la simple sugestión de una expresión genérica como aquella de «*contrato a favor de tercero*»; expresión que, a falta de otra más precisa, se usa generalmente para indicar el contrato que, celebrado entre dos personas, da origen a un derecho de otra tercera que ha permanecido totalmente extraña a su celebración.

Debe admitirse, pues, también en caso de asunción de las deudas de un negocio comercial, la adquisición de derechos por parte de los acreedores que declaren querer aprovecharse de la cláusula correspondiente del contrato de asunción.

---

(24) Cfr. COVIELLO, ob. cit., pág. 57; DANZ, *Die Forderungsüberweisung*, etcétera, pág. 128; PACCHIONI, en la «*Rivista di diritto commerciale*», año IX, fasc. 1; GÖMÖRY, ob. cit., pág. 100; HASENHÖRL, *Oblig.*, I, pág. 464.



Pero, ¿qué efecto tendrá esa adquisición de derechos en relación con el deudor subrogado? O, en otros términos: ¿esta asunción será liberativa o acumulativa? Yo creo que en este caso también será acumulativa. Los acreedores adquieren, es verdad, el derecho a actuar contra el adquirente del negocio (subrogante), pero no pierden, por lo general, su derecho primitivo contra el vendedor (subrogado). Sólo cuando el adquirente haya declarado que si quiere asumir las deudas del negocio es a condición de que los acreedores renuncien a su derecho contra el subrogado, podría sostenerse que la asunción de las deudas era liberativa, en cuanto que, en tal hipótesis, podría sostenerse que la declaración hecha por los acreedores de querer aprovechar de tal estipulación, equivale a *la expresa declaración de querer liberar al deudor primitivo*, que exige la ley en el art. 1.271 del Código civil.

Sin embargo, esta solución no está exenta de dudas, y si la presentamos en este caso, como en el anterior de una asunción de deuda garantizada con hipoteca sobre el fundo que compra el mismo que asume aquélla, es debido a consideraciones de utilidad y conveniencia práctica, que no han logrado aún entre nosotros llamar la atención del legislador. Ello es que en caso de asunción de las deudas de un negocio comercial por el mismo que lo compra se está ante una situación completamente especial, precisamente por el hecho de que quien ha asumido las deudas es, al mismo tiempo, el nuevo propietario de todos los bienes materiales que antes constituían la garantía del subrogado. Este hecho no basta, en mi opinión, para justificar la admisión de una verdadera *sucesión en las deudas*, en cuanto que la garantía primitiva no se agotaba en los bienes materiales del negocio, sino que estaba constituida también por la capacidad personal, la honradez, la actividad, la fama, etc., etc., del anterior propietario del negocio; pero sí que induce a considerar con espíritu favorable toda solución que tienda, y logre, favorecer la liberación del deudor primitivo (subrogado), en el caso en que resulte que los acreedores hayan aceptado, ciertamente, como nuevo deudor al subrogante adquirente del negocio.

En confirmación de esta observación, y para mayor esclarecimiento de la argumentación, creo útil reproducir aquí las principales disposiciones de algunas leyes recientes extranjeras que han regulado expresamente las relaciones que surgen en el caso de traspaso de un negocio, con asunción de sus deudas por el mismo adquirente.

Comenzaremos con las disposiciones del reciente Código de Comercio alemán, que dicen así :

§ 25. «Quien continúe bajo la misma razón social, con o sin alusión adjunta relativa a la relación de sucesión, un negocio comercial adquirido por actos *inter vivos*, responde de todas las obligaciones del precedente propietario, nacidas del ejercicio del negocio. Los créditos nacidos del ejercicio del negocio, se tienen, frente a los deudores, como transferidos al adquirente, cuando el propietario precedente, o sus herederos, hayan consentido en la continuación de la razón social.

»Sólo será eficaz frente a un tercero el acuerdo contrario cuando haya sido inscrito en el Registro Mercantil y sea conocido por el tercero, o le haya sido comunicado por el adquirente o el vendedor.

»Si la razón social no continúa la misma, el adquirente del negocio comercial responderá de las obligaciones anteriores del mismo negocio solamente si concurre un motivo particular de obligación, en especial si la asunción de las obligaciones ha sido hecha pública por el adquirente en la forma acostumbrada en el comercio.»

§ 26. «Si el adquirente del negocio comercial responde, en virtud de la continuación de la razón social, o en virtud de la notificación de que habla el § 25, apartado 3, de las anteriores obligaciones relativas al negocio, las acciones de los acreedores contra el anterior propietario prescriben a los cinco años, cuando no deban prescribir antes en virtud de las disposiciones generales de la prescripción.

»La prescripción empieza, en el caso del apartado 1.º del § 25, al terminar el día en que el nuevo titular de la razón social fué inscrito en el Registro Mercantil de la localidad en que tenga la sede principal; en el caso del apartado 3.º del § 25, al fin del día en que se hizo la notificación de la asunción realizada. Si el acreedor sólo podía exigir la prestación en momento posterior, la prescripción comenzará a contarse desde este momento.»

Dos son las innovaciones introducidas en estos dos párrafos del nuevo Código de Comercio alemán. La primera consiste en que a los acreedores del negocio se les concede también el poder actuar contra el adquirente del mismo, independientemente del hecho de haber asu-

mido éste las deudas respectivas. La asunción de las deudas es legal en este Código. La segunda consiste en el acortamiento del tiempo, o plazos, de la prescripción de las acciones de los acreedores del negocio contra el deudor primitivo, y expresa la tendencia a favorecer la liberación de éste en el caso en que haya cedido al subrogante, o adquirente del negocio, los bienes con los que respondía frente a sus acreedores.

También en Francia se ha creído oportuno regular de modo particular las relaciones que surgen de la venta de un negocio. Y a ello se ha provisto con la Ley de 17 de marzo-1 de abril de 1909, la cual ha intentado proteger a los acreedores del mismo imponiendo la publicidad del traspaso, y concediendo a los acreedores el derecho a oponerse al pago del precio convenido (25).

En Hungría, la Ley 57 del Reino, publicada el día 31 de diciembre de 1908 (26), dispone que quien adquiere mediante contrato (siempre que no sea durante el proceso por quiebra) un establecimiento comercial, responde de todas las deudas que lo graven de que fuese, o debiera tener, conocimiento en el momento de su adquisición. También queda obligado el vendedor del mismo.

Si el adquirente es un asociado o pariente próximo del vendedor, responde sin limitación. Lo mismo ocurre en el caso en que el adquirente se ha obligado para con el enajenante a extinguir las deudas.

La sociedad constituida con un comerciante, en nombre colectivo o en comandita, para explotar el negocio, responde de todo el pasivo anterior a su constitución.

Si en el momento en que se trasfiere el negocio estaba en tramitación contra el enajenante del mismo alguna acción judicial y el adquirente lo sabía, la sentencia pronunciada contra el enajenante tendrá fuerza de cosa juzgada contra el adquirente.

Lo mismo sucede en caso de la constitución de una sociedad referente al negocio.

Transcribimos, por último, el § 181 del Código suizo de las obliga-

(25) Véase F. MONTIER y G. H. FAUCON. *De la vente et du nantissement des fonds de commerce. Commentaire theorique et pratique de la Loi du 17 Mars 1909.* Rouen, 1909; ELIE BOUTAUD y PAUL CHABROL. *Traité general des fonds de commerce.* Supplement, París, 1910.

(26) *Annales de droit commercial*, año XXIV, págs. 426-27, París, 1910. Cfr. artículos 3-7 de la ley francesa de 17 de marzo de 1909.

ciones, de 30 de marzo de 1911, referente a la asunción de un patrimonio o de un negocio.

«Quien asume un patrimonio, o un negocio, con el activo y el pasivo, queda, sin más, obligado para con los acreedores por las deudas inherentes, tan pronto como la asunción haya sido comunicada a los acreedores por el asunto, o ha sido publicada en los periódicos.

»Sin embargo, el deudor precedente queda obligado, solidariamente con el nuevo deudor, durante dos años, que comienzan a contarse: para las deudas vencidas, desde el día de la notificación o de la publicación, y para las no vencidas aún, desde el día del vencimiento.

»Esta asunción de deudas tiene, por lo demás, los mismos efectos que la de una deuda aislada.»

## CAPITULO IV

# LA CONSTITUCION DE RENTA Y OTROS CONTRATOS A FAVOR DE TERCERO

### § 1.º DE LA CONSTITUCIÓN DE RENTA A FAVOR DE TERCERO

Tiene lugar la constitución de renta a favor de tercero cuando una persona transfiera a otra una suma de dinero, o cualquier otra cosa mueble o inmueble, con el fin de que ésta se obligue a pagar una renta anual a una tercera persona durante su vida.

Este contrato es válido de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1.794 del Código civil, que establece que *la renta puede establecerse en beneficio de un tercero, aunque el precio lo haya aportado otro*. Pero se pregunta: ¿es válido ese contrato a condición de que el beneficiado declare que quiere aprovecharse de él, de acuerdo con el art. 1.128 del Código civil, o más bien independientemente de cualquiera adhesión por su parte?

Los autores que sostienen la validez de todo contrato a favor de tercero, independientemente de que tal contrato sea una cláusula accesoria de una estipulación contraída por el mismo estipulante en favor propio, o de una donación que haga a otros, invocan como argumento el art. 1.794 del Código civil. Tan verdad es —razonan estos autores— que nuestro legislador no exige para la validez del contrato a favor de tercero ningún requisito, aparte de la voluntad de las partes contratantes dirigida a ese fin, que, precisamente, en el caso de constitución de renta a favor de tercero está proclamada su validez sin restricción de ninguna clase. Y no se detiene aquí esta curiosa argumentación. Puesto que en el art. 1.794 no se habla, ciertamente, de declaración del tercero sobre querer aprovecharse de la renta pactada a su favor, se deduce que esta declaración no es necesaria... tampoco en los casos a que se

refiere el art. 1.128 del Código civil. Según esta argumentación, el artículo 1.794 debería constituir la prueba de que el legislador italiano creyó, en el ámbito de los principios, que es válido todo contrato a favor de tercero, independientemente de las condiciones restrictivas del artículo 1.128 del Código civil.

Frente a esta doctrina hay otra opuesta que sostiene que el art. 1.794 debe interpretarse sobre la base del 1.128. El contrato de renta a favor de tercero atribuirá, pues, a éste el derecho a la renta, pero sólo a condición de que declare su voluntad de querer beneficiarse con ella. Según esta doctrina, la citada declaración no sería exigida por la ley sólo en los dos casos considerados en el art. 1.128, sino en todos los casos de contrato a favor de tercero de cualquier clase, reconocidos excepcionalmente como válidos; y ya hemos visto cómo se ha aplicado esta teoría también al contrato de transporte y al de seguro sobre la vida a beneficio de tercero.

No podemos aceptar ni una ni otra de ambas teorías.

Para nosotros, el art. 1.794 contiene una excepción al principio general de la nulidad de los contratos a favor de tercero, formulado en el art. 1.130 del Código civil. Justamente en este artículo, después de haber proclamado el principio de que el contrato no puede producir, en general, sus efectos a favor de quien ha sido extraño al mismo, admite el legislador la posibilidad de excepciones; y no ya como el legislador francés, solamente aquellas excepciones que en nuestro Código se encuentran reguladas en el art. 1.128, sino también de otras excepciones reguladas posiblemente de otro modo.

De esa manera, el legislador italiano se adelantaba a las reformas realizadas sucesivamente por el Código de Comercio y por la jurisprudencia. Admitía allí la posibilidad de que contratos especiales y típicos a favor de tercero pudiesen ser considerados como válidos en el sentido de la doctrina moderna, o sea como contratos que atribuyen directamente al tercero un derecho en virtud de la voluntad de las partes, independientemente de su posterior aceptación o adhesión.

Esto supuesto, nada se opone a admitir que en el caso del art. 1.794 adquiera el tercero el derecho estipulado a su favor, independientemente de su declaración de querer beneficiarse con él. Para resolver las posibles controversias que pueden surgir frente a esta hipótesis, el intérprete podrá invocar, además de la analogía del art. 1.128 del Código civil la de la oferta del seguro de vida a favor de tercero.

§ 2.º DEL PACTO DE RESPETAR LOS PLAZOS DEL ARRENDAMIENTO  
EN LA VENTA DE UN FUNDO ARRENDADO

Ya hemos visto de qué modo miraba este pacto el Derecho romano (1). ¿Qué hemos de pensar sobre él, dadas las disposiciones de nuestro Código civil? La respuesta a esta pregunta depende de la teoría que se acepte en relación con la validez, en general, de todo contrato a favor de tercero. Para aquellos que admiten esta validez, en principio, el pacto examinado puede atribuir siempre acción al arrendatario fundada y de acuerdo con la voluntad de las partes que lo pactaron. Para aquellos que, como yo, niegan la validez, en principio, de todo contrato a favor de tercero, la solución del problema sólo dependerá de determinar si ese pacto puede ser, o no, condición de una estipulación hecha por el estipulante (el vendedor) para sí mismo, o de una donación que haya hecho al adquirente, ya que en estos supuestos afirmativos sería válido, ciertamente, de acuerdo con el art. 1.128 del Código civil, y el arrendatario que hubiese declarado su voluntad de quererse aprovechar de tal pacto, antes de que el estipulante lo hubiese revocado, podría actuar contra el adquirente (promitente), y estaría sujeto a las reglas que he expuesto al comentar el art. 1.128 citado.

§ 3.º DEL DEPÓSITO Y DEL COMODATO CON PACTO DE RESTITUCIÓN  
A FAVOR DE TERCERO

También el depósito con pacto de restitución a favor de tercero está considerado generalmente como contrato a favor de tercero, válido. Esta solución es inatacable cuando se admite la validez de todo contrato a favor de tercero; pero no vale cuando se mantiene firmemente el principio de la nulidad. En efecto, no puede decirse que la estipulación de restituir a favor de tercero constituya una condición de una estipulación que haya hecho el depositante en favor propio, o de una donación hecha por él al depositario. ¿Deberá estimarse, pues, que esta estipulación está privada de todo efecto? En mi opinión no es preciso llegar a esta conclusión negativa. Ante todo, el pacto de restitución a favor de

---

(1) Véase al principio de esta obra, pág. 27 y sigs.

tercero podrá ser válido siempre como *adjectio solutionis causa*, en el sentido de que el depositario podrá liberarse frente al depositante restituyendo al tercero. Pero, además, podrá ser eficaz también circunstancialmente en atribuir acción al tercero cuando, según el conjunto de circunstancias, pueda ser interpretado como celebrado en nombre del tercero, o que pueda admitirse que el depósito mismo se ha realizado a nombre del tercero, o que, aun habiéndose hecho el depósito a nombre del depositante, se pueda considerar, sin embargo, como estipulada a nombre del tercero la restitución (2). El depositante asume en estos casos el carácter de representante: es un *negotiorum gestor*, y el tercero adquiere su acción, o en virtud de ratificación, o, simplemente, en virtud de la utilidad de la gestión emprendida por el depositante en su interés. Aquí tenemos una aplicación evidente de la teoría, antes expuesta, sobre las relaciones entre las dos instituciones jurídicas de la representación y del contrato a favor de tercero. Y lo mismo debe decirse en el caso de un comodato de cosas con pacto de restitución a favor de un tercero.

También aquí estamos fuera de las hipótesis del art. 1.128 del Código civil; pero esto no quita que el pacto pueda ser válido, bien como *adjectio solutionis causa*, bien en virtud de los principios de la representación, en cuanto que pueda admitirse que el contrato se ha celebrado *utiliter* a nombre del tercero, o en cuanto que éste lo haya ratificado.

---

(2) Esta construcción jurídica responde, en mi opinión, a la forma de tratar nuestra ley al llamado *depósito legal*, de que hablan los arts. 1.259, 1.261, 1.263 del Código civil y 297 del Código de Comercio. La misma estructuración puede aplicarse al caso de depósito de mercancías y de géneros en los almacenes generales, a favor de persona distinta al depositante. Dispone, en efecto, el art. 463 del Código de Comercio que el certificado de depósito y el recibo del empeño pueden hacerse a nombre del depositante o de un tercero. En este último caso, el tercero adquiere el derecho a dirigirse contra el depositario en cuanto que el depósito está hecho a su nombre, o al menos el pacto de restitución. Sólo ha de notarse que, como muy bien observa TARTUFARI, ob. cit., pág. 324, estando acompañado aquel contrato de la emisión de los títulos a la orden, íntimamente análogos a la letra de cambio, como son el certificado de depósito y el recibo del empeño, el ejercicio del derecho del tercero está subordinado a la condición de la posesión, por su parte, de esos títulos.



## § 4.º DEL MUTUO CON PACTO DE RESTITUCIÓN A UN TERCERO

También el mutuo con pacto de restitución a un tercero cae fuera de las disposiciones del art. 1.128, según mi opinión, por la simple razón de que la estipulación a favor del tercero no es en este caso una condición de una estipulación que el estipulante haya pactado en su propio beneficio. De otro modo, debería resolverse, en cambio, el caso en que el mutuante hubiese estipulado la restitución de la suma a sí mismo y el pago de los intereses a favor de un tercero. En este caso, la estipulación a favor del tercero sería condición de una estipulación hecha por el mutuante en su propio beneficio, o sea la estipulación de restituir la suma prestada. Podría, pues, aplicarse en esta hipótesis los principios que hemos visto sirven para las estipulaciones a favor de tercero, válidas de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.128 del Código civil. En aquella otra, deberían aplicarse los principios relativos a la *adjectio solutionis causa*, o aquellos de la representación, según sea la presumible voluntad de las partes, que el Juez deberá interpretar teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso. Y lo mismo ha de resolverse en los casos de depósito en las Cajas de Ahorro, a favor de tercero. Creo que tampoco en estos casos pueda aplicarse el art. 1.128 citado, sino que debe acudirse, por el contrario, a la teoría de la representación, salvo que el tercero no podrá ejercer su derecho contra la Caja, si no es exhibiendo el título de que nazca su derecho (3).

## § 5.º DEL SUBARRIENDO Y DE LA CESIÓN DE ARRIENDO (4)

Nuestro Código, siguiendo las huellas del francés, distingue entre el subarriendo y la cesión del arrendamiento. Pero, ¿en qué consiste esa diferencia? Doctrinalmente se ha discutido mucho este problema, pero parece prevalecer la opinión de aquellos autores que creen que el subarriendo, a diferencia de la cesión, es un contrato destinado a crear relaciones jurídicas entre las partes contratantes solamente. En virtud

---

(3) Cfr. TARTUFARI, ob. cit., pág. 329.

(4) Cfr. LAMBERT, ob. cit., §§ 222-247.

del subarriendo, el subarrendatario no adquiere derechos y no queda obligado más que con el subarrendador; queda completamente libre respecto al arrendador y viceversa. Otros son, en cambio, los fines y los efectos de la llamada cesión. Con ésta, el arrendatario (o cedente) tiende y logra poner al cesionario en su propio puesto en relación con el arrendador. Pero, ¿cómo puede realizarse esta su intención? Los escritores que admiten la validez de todo contrato a favor de tercero en virtud de la voluntad de las partes contratantes, sostienen que la cesión puede ser llevada a efecto siempre. A la misma conclusión podemos llegar nosotros también, en cuanto que la estipulación a favor de tercero (el arrendador) contenida en la cesión del arrendamiento, puede ser considerada como una modalidad accesoria de una estipulación que el cedente haya pactado en su propio provecho, como sería, por ejemplo, en el caso que el cedente hubiese cedido al cesionario todos sus bienes junto a los que tenía en arriendo, estipulando el pago, por parte del cesionario, de las rentas pendientes. Pero, ¿qué efecto tendría tal contrato a favor de tercero? Creo que tendría por efecto el obligar al cesionario para con el arrendador, pero no el liberar al arrendatario-cedente. Para liberar a éste, precisaría el consentimiento expreso del arrendador.

Otro problema es el relativo a la naturaleza y contenido de las obligaciones del cesionario para con el arrendador. Se presentan, también aquí, las dos teorías de la sucesión y de la renovación, en cuanto que algunos autores sostienen que la obligación del cesionario es la misma que la del arrendatario-cedente, la cual se habría trasplantado, viva, del arrendatario al cesionario; mientras que otros creen que la obligación del cesionario no es la misma del cedente, sino otra nueva surgida de las cenizas de aquélla.

Ya he tomado antes posición frente a este conflicto de doctrinas. Sólo queda ahora aplicar aquella doctrina que me ha parecido preferible, esto es, la doctrina de la novación. El arrendador permanece completamente extraño a la cesión, y adquiere un nuevo deudor en el cesionario al declarar que quiere aprovecharse de la estipulación pactada en su favor, cuando ésta haya sido pactada con arreglo a los términos del artículo 1.128 del Código civil. Pero no pierde, por eso, en general, su deudor primitivo. Lo pierde, en cambio, cuando la estipulación pactada a su favor está subordinada a la condición de renunciar a su primer deudor, o cuando haya declarado, del modo que sea, querer renunciar

al primer deudor para quedarse con el segundo. En este caso, se produce la novación.

Debemos notar, en fin, que la cesión puede dar lugar a novación, también, cuando no pueda ser considerada válida como contrato a favor de tercero en virtud de los principios de la representación; esto es: en cuanto el arrendatario-cedente pueda ser considerado como representante del arrendador en el contrato de cesión del arrendamiento; pues si pudiese ser considerado así, sería válida en virtud de la representación y no se produciría la novación.



## CONCLUSION



Del examen de los principales casos en los que ha sido invocado el principio de la validez de todo contrato a favor de tercero por la ciencia jurídica y por la jurisprudencia, resulta, si no me equivoco, plenamente confirmada la tesis fundamental, sostenida por mí en el curso de esta obra. Con frecuencia se encuentra afirmado en la literatura jurídica que ya el Derecho romano había admitido la validez del contrato a favor de tercero en una importante serie de casos, y que el número de éstos se ha multiplicado después en el campo doctrinal moderno hasta el extremo de corroer y voltear la antigua regla *alteri stipulari nemo potest*. Pero tal afirmación, aunque se encuentra repetida hasta la saciedad en los tratados generales y en las monografías, está falta de todo fundamento a poco se medite sobre ella. Cuando se pasa a enumerar estos casos de contratos válidos a favor de tercero, que se pretende sean numerosos, se encuentra que son bastante pocos, y que, ¡quizás se pueden contar con los dedos de una mano! Se afirma también, frecuentemente, que el principio de la validez de todo contrato a favor de tercero ha conquistado su pleno reconocimiento a la vez y aparte que el principio de la admisibilidad de la llamada representación directa; pero cuando se pasa a demostrar su necesidad, se ve que este pretendido principio nuevo se manifiesta en un gran número de casos completamente superfluo, porque aun cuando conceptualmente sea un principio perfectamente distinto del de la representación, en la práctica viene a ser una dúplica de ésta, y más que útil resulta un principio embarazoso.

Repitámoslo, pues, por última vez: la vida moderna no ha sentido hasta ahora una verdadera necesidad de aplicar el concepto técnico del contrato a favor de tercero más que en un número limitadísimo de casos. Dentro del sistema de nuestro Derecho positivo, los principios que regulan la representación, completados con la disposición del artículo 1.128 del Código civil, y con las disposiciones del Código de Comercio relativas al contrato de transporte y al de seguro de vida a be-

neficio de tercero, logran regular del modo más satisfactorio las relaciones de la vida práctica. No hay ninguna necesidad, si bien se mira, de radicales innovaciones legislativas sobre esta materia; y aun menos se pueden aprobar las tentativas hechas por la más moderna doctrina, de infiltrar en nuestro sistema de Derecho privado una institución, cual el contrato a favor de tercero, válido en virtud de la voluntad de las partes contratantes simplemente, cuando si se introdujo en otros Códigos más fué, en mi opinión, por sugestión de doctrinas hoy condenadas, que por auténtica y real necesidad de la vida.