

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO(*) (636)

OMAR J. CANCELA y ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

SUMARIO

Cap. I. a) Concepto. Distinción con otras figuras. b) Ubicación meteorológica. c) Breve reseña histórica. d) Fuentes del Código Civil argentino. Cap. II. Naturaleza jurídica de la estipulación. Teorías. Importancia práctica de su determinación. Cap. III. Relaciones jurídicas que establece la estipulación: a) Entre otorgantes. b) Entre estipulante y beneficiario. c) Entre promitente y beneficiario. Carácter del tercero. Nacimiento del derecho del tercero. Formas de la aceptación. Efectos de la no aceptación. Naturaleza del derecho del tercero. Cap. IV. Exigibilidad y cumplimiento. Modos de extinción de las obligaciones: su aplicación a esta institución. Revocabilidad del beneficio. Designación del beneficiario. Acciones en caso de incumplimiento. Defensas o excepciones oponibles. Cap. V. Efectos de la quiebra o concurso: a) del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

estipulante; b) del beneficiario; c) del promitente. Efectos de la muerte: a) del estipulante; b) del beneficiario; c) del promitente. Cap. VI. Conclusiones.

CAPÍTULO I

a) Concepto; distinción con otras figuras

El artículo 504 del Código Civil admite que en la obligación, o más propiamente, contrato o convención, las partes estipulen alguna ventaja a favor de un tercero, quien podrá exigir el cumplimiento de dicha prestación, una vez notificada la aceptación al deudor o promitente, antes de su revocación.

No se trata de un supuesto de posible beneficio a un tercero extraño a la obligación, pues para que la estipulación exista no basta que un tercero pueda resultar beneficiado; es menester que se le haya atribuido un derecho independiente y propio(1)(637). Para que pueda hablarse de contrato a favor de un tercero es necesario que éste no haya sido parte u otorgante en el contrato y que exista el propósito o finalidad de crear una obligación en su favor(2)(638).

En resumen, podría definirse la institución como el contrato o acto jurídico en que una de las partes llamada estipulante o promisorio, conviene en su propio nombre que la contraparte o promitente quede obligado hacia un tercero, que tendrá derecho a exigir la prestación(3)(639).

Pacchioni diferencia el sentido lato o vulgar de la institución del estricto o técnico. Sostiene que en sentido lato se llama contrato a favor de tercero a todo aquel 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. Por ejemplo, el contrato celebrado por un representante en nombre de su mandante. En sentido técnico o estricto se indica una figura especial de contrato que tiene de sí misma su propia razón de ser y que puede ser reconocida jurídicamente con individualidad propia e independiente. Es aquél que, realizado válidamente entre dos personas, pretende atribuir un derecho a un tercero que no ha tenido parte alguna ni directa ni indirectamente en su tramitación y perfección y que, no obstante, logra efectivamente 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(4)(640).

Idéntica distinción efectúa Larenz(5)(641), al referirse al contrato a favor de tercero propio o impropio. En el primero, la intención de los contratantes persigue, por regla general, que los favorecidos puedan exigir por sí mismos la prestación prometida. El promitente u obligado debe cumplir frente al estipulante, o sea el otro contratante, y frente al tercero beneficiario. En el impropio no existe relación jurídica obligatoria entre el obligado a cumplir la prestación y el tercero, sino con el otro

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contratante. Por ejemplo, cuando se compran flores en una tienda y se encarga la entrega a una tercera persona(6)(642). La distinción entre ambas figuras debe resolverse por interpretación de cada una de las convenciones, deduciéndose de la finalidad del contrato, de sus circunstancias particulares, cuando el tercero adquiere directamente el derecho a exigir la prestación. Ello ocurre en general en el seguro de vida o en la renta vitalicia. En las donaciones modales, siempre según Larenz, tal propósito puede o no existir; en la duda, ha de suponerse estipulado el derecho a favor del tercero, porque el donante permitirá al tercero participar indirectamente en alguna forma de la donación y por ello le querrá conceder una sólida posición jurídica. Se trata de un supuesto de interpretación integradora del contrato(7)(643).

Con referencia al viejo Código Civil italiano, artículo 1128, Giorgi(8)(644)sostiene que dicha disposición tiende a regular la eficacia de las verdaderas estipulaciones en ventaja de un tercero, quedando fuera de su alcance aquéllas en que, si bien se encuentra indicada la persona que recibirá la prestación, las partes no se han propuesto contratar en su favor, como sucede en la representación.

La importancia de esta distinción conceptual se advierte claramente con las personas indicadas para recibir el pago o *adjectus solutionis gratia*(9)(645). En este supuesto, conocido ya bajo el derecho romano, se trata de personas a las que la convención atribuye calidad para percibir(10)(646). Esta institución, que según la nota del codificador, tuvo como fuente a la ley 5, título 14, partida V, y la ley 12, título 3, libro 46 del Digesto, ya no tiene la importancia que, especialmente en los negocios comerciales, tuvo como antecedente de los títulos al portador(11)(647).

En general se indica que la designación del *adjectus* importa la de un mandatario, con la particularidad que no podrá ser revocada si fue realizada de común acuerdo(12)(648).

Para Llambías no hay mandato, salvo que, paralelamente, mediara entre el acreedor y el *adjectus* una relación de ese tipo, que obligara a este último a obrar según las instrucciones y por cuenta de aquél. En tal caso, los acreedores de este último no podrían embargar los bienes recibidos en pago por el designado, puesto que serían de su mandante, pero ello no ocurre a menos que prueben esa relación de mandato(13)(649). En principio, el *adjectus* cobra para sí la prestación debida, actúa por su cuenta y no por la del acreedor; lo que recibe ingresa en su patrimonio, responde por sus propias deudas. Tiene un título abstracto cuya verdadera índole depende del sentido que tengan las relaciones paralelas que él mantenga con las partes en la obligación. Podrá ser mandatario o donatario o un tercero que por cuenta propia realiza un negocio triangular con las partes, con nuevas obligaciones a su cargo o socio de alguna de las partes o un acreedor del acreedor(14)(650). Para este autor es el titular del beneficio del pago y en ese carácter configura una especie del género de la estipulación a favor de tercero, contemplada en el artículo 504(15)(651).

Pacchioni, bien que en forma incidental y con expresa referencia a la ley

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

italiana entonces en vigencia, sostiene que debe adoptarse la teoría que conceptúa al adjectus como un representante del acreedor(16)(652).

Coincidimos con Llambías en que el adjectus puede resultar un tercero beneficiado con la estipulación o contrato, pero esa posibilidad no puede fundar una analogía entre ambas instituciones, porque en este último caso el tercero es siempre el beneficiario a favor de quien se ha creado un crédito o derecho, mientras que en el primero pueden o suelen darse diversas hipótesis, como la del donatario, socio, mandatario, etc., que justificarían su designación en el contrato y que no importarían la existencia de una prestación en su favor(17)(653). En idéntico sentido, Busso sostiene que no siempre el adjectus es un mandatario; muchas veces la designación se funda en su propio interés, encubriendo una cesión de crédito o una estipulación por otro(18)(654).

Debe hacerse la distinción, bastante obvia, por otra parte, con la representación, en que el contratante concurre a la formación del acuerdo de voluntades en nombre e interés ajeno, mientras que en la estipulación a favor de tercero el estipulante concurre en nombre e interés propio en la realización del negocio jurídico, pero conviniendo que un tercero adquiera su derecho o crédito por razón del contrato. En ambos casos el tercero, beneficiario o mandante según se trate, adquiere un derecho propiamente suyo, pero en el contrato a favor de tercero este último no se considera contratante, mientras que tal será su calificación en el que actuó por medio de un representante(19)(655).

También debe diferenciarse el contrato a favor de tercero con el celebrado "por tercero", es decir, cuando se contrata a nombre de otro sin tener su representación; en este caso el contrato no tiene efecto alguno, a menos que sea ratificado por el tercero, según lo dispone el artículo 1161 del Código Civil(20)(656). Por efecto de la ratificación, el tercero pasa a ocupar el lugar del contratante (art. 1162); rigen, en consecuencia, las reglas del mandato o de la gestión de negocios.

Mientras en los casos citados se trata de manejar relaciones jurídicas ajenas, en el acto jurídico o contrato a favor de terceros el estipulante entiende que interviene en el negocio en nombre propio y en interés suyo, material o moral(21)(657).

b) Ubicación metodológica

La disposición del artículo 504 del Código Civil está francamente desubicada con relación a los efectos de las obligaciones, porque en verdad se trata de una norma legal que sólo puede referirse a obligaciones convencionales, que, por lo tanto, debió reservarse, cuando menos, a la sección de los contratos en general. Así como no es dable confundir la causa de la obligación con la causa de los contratos o negocios jurídicos tampoco pueden identificarse los efectos de las obligaciones con los efectos de los contratos. El propio Vélez Sársfield se ocupó de mostrar esas diferencias en la nota al artículo 505, tomada de Marcadé, e independiza la teoría general de las obligaciones de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

teoría o régimen del contrato. Sin embargo, llevado por las fuentes francesas, muchas veces incluye en las obligaciones en general preceptos atinentes a los contratos u obligaciones convencionales(22)(658).

Más genéricamente, se ha sostenido que la estipulación a favor de tercero podría ser un capítulo de los actos jurídicos o ubicarse al lado de los artículos 1162 a 1164(23)(659). Idéntica solución propugna Colmo(24)(660), porque el artículo 504 habla de ventajas estipuladas, cosa que no se puede hacer sino convencionalmente. Su estudio, pues, correspondería conjuntamente con el de los arts. 1161/64 y 1195.

En nuestra opinión, si se entendiera que se trata de estipulación a favor de tercero, corresponde puntualizar que las estipulaciones no son exclusivas de los contratos o actos jurídicos bilaterales; aun pueden ser objeto de un acto o negocio jurídico bilateral como el testamento, como por ejemplo el legado con cargo o modo a favor de un tercero. Por lo tanto, lo más conveniente sería ubicar la materia como un aspecto de los efectos de los negocios o actos jurídicos, legislados en los artículos 944 y siguientes del Código, es decir, en lo que idealmente sería la denominada Parte General del Derecho Civil. Caso que se pretendiera hablar exclusivamente de "contratos" a favor de terceros, la ubicación de esta institución correspondería a la teoría del contrato, pero en ningún caso a los efectos de las obligaciones en general.

c) Breve reseña histórica

En el derecho romano clásico se negaba toda eficacia a la estipulación en favor de un tercero; era necesario que fuera el estipulante quien recibiera para sí el beneficio del contrato. Regía el aforismo *nemo alteri stipulari potest* o, lo que es lo mismo, que el contrato efectuado por una persona no podía hacer adquirir la acción a otra(25)(661).

Tal principio se aplicaba tanto a la estipulación por otro, como a todos los contratos o pactos(26)(662).

Este principio era llevado a sus últimas consecuencias, en cuanto los romanos llegaron a desconocer la representación, es decir, impedían que naciera alguna acción en favor de personas que no hubiesen figurado como partes en el contrato y tuviesen interés propio en su cumplimiento(27)(663).

Los romanos, el pueblo más práctico y lógico del mundo, consideraron que una estipulación en que el estipulante no busca nada para sí y si todo para un tercero, no podría atribuirle acción, porque él era el primero en ponerse fuera de ella al contratar por cuenta exclusiva de otro. Pero tampoco podía valer para el tercero, porque los principios del derecho civil no habían llegado a permitir que alguien pudiese considerarse parte contratante en una estipulación en que no interviniera. La primera parte de esta regla no tenía aplicación, naturalmente, si el estipulante estaba interesado de algún modo en el asunto sea por el principio de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

representación tácita, como por ejemplo si el tercero era siervo o hijo del estipulante, porque las adquisiciones de éstos aprovechaban al pater familiae, ya que se los consideraba como una persona sola o cuando el tercero en ventaja del cual se estipulaba fuera acreedor del estipulante, aun meramente eventual; bastaba una rendición de cuentas o una responsabilidad cualquiera. Finalmente, tampoco se aplicaba cuando el estipulante creaba en el acto mismo el interés propio, haciéndose prometer una pena que se le pagase para el caso de incumplimiento del promitente(28)(664).

Este rigorismo desapareció con la evolución del derecho romano y no pasó a las legislaciones modernas. Así, señala Savigny con relación a las donaciones modales, en el nuevo derecho al tercero se le concede una utilis actio, que derivaría de una cesión tácita hecha por el donante o estipulante en su favor(29)(665), lo que sería inadmisibile, porque el donante carece de acción en este caso, o mediante una analogía, con los fideicomisos(30)(666).

También se recurrió a recursos técnicos para mitigar el rigor del principio, mediante la cláusula penal o stipulatio penae. Aunque el tercero no tuviera acción para requerir el cumplimiento del promitente, el estipulante podía compelerlo bajo la amenaza de exigir el pago de la pena(31)(667).

Para otro autor, el hecho de que el derecho romano antiguo noreconociera el contrato a favor de tercero, ni siquiera la existencia de una teoría del contrato, no significa una prohibición o nulidad en todos los casos. La máxima citada sirvió más bien para describir la función económica o jurídica que, como modos de adquisición de las cosas, tenían los sujetos al pater familiae(32)(668). De esta forma llega a enunciar una serie de restricciones al principio de la nulidad de la estipulación. Así, el respeto del adquirente de un fundo del derecho del arrendatario, restitución de dote en favor de tercero, comodato o depósito con pacto de restitución a un tercero, la donación "sub - modo", etcétera. En conclusión, sostiene Pacchioni(33)(669), en el derecho clásico no se conoce ninguna verdadera excepción propiamente dicha al principio general ya enunciado, sin perjuicio de las excepciones examinadas. Tampoco existe el germen de la teoría general en el derecho justiniano, sino como formas de la representación directa.

Pareciera que, de acuerdo con lo expuesto, la institución adquiere su fisonomía actual y carácter general, aplicable a todo tipo de negocios jurídicos, con el derecho moderno, es decir, con los autores y fuentes legislativas del Código Civil. Los principios antes reseñados se mantuvieron casi intactos en el derecho común, aun confundidos por la ausencia de una interpretación sistemática. Suscitaron una célebre controversia en cuanto a la facultad de revocar el contrato antes de que el tercero manifestase su voluntad de aceptar. Grocio, Bártolo, Duareno y Ricard sostuvieron la tesis afirmativa, porque los contratantes que habían concurrido con su voluntad al acto podían resolverlo o extinguirlo de común acuerdo. Facchineo y otros pensaban lo contrario, porque de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

estipulación nace un derecho irrevocable(34)(670).

Así las cosas, se llega a la sanción del Código francés, que en su artículo 1119 dispone que, en general, no se puede estipular sino para sí mismo. Como excepción, el art. 1121 consigna que se puede estipular en beneficio de un tercero cuando tal es la condición de una estipulación que se hace para sí mismo o de una donación que se hace a otro; sus compiladores leyeron a Pothier y vieron que había resumido los principios de la estipulación por otro, refiriéndose a personas distintas de los contratantes como condición o modo de un convenio, aun cuando no su objeto(35)(671).

d) Fuentes del Código Civil argentino

El citado precepto del artículo 1121 del Código Civil francés constituye una de las fuentes del artículo 504 del Código de Vélez, que tomó casi literalmente el texto del art. 977 del proyecto de García Goyena, cuya primera parte se refiere al principio general de que las obligaciones producen efectos exclusivamente entre las partes, acreedor y deudor (confr. art. 503 y su nota). La segunda parte de dicho artículo 977, prácticamente idéntico al texto del art. 504, salvo algunas diferencias de detalle, reconoce sus fuentes en el artículo 1121 del Código francés; el 1208 del Código sardo; el 821 del Código de Vaud, no citado por Vélez en su nota al art. 504; el 1353 del Código de Holanda, y el 1075 del Código napolitano(36)(672). Tanto Segovia como Ossorio y Florit sostienen que también sirvió de fuente al codificador el art. 1449 del Código redactado por Andrés Bello para la República de Chile(37)(673).

CAPÍTULO II: Naturaleza jurídica de la estipulación. Teorías. Importancia práctica de su determinación

Obvio resulta señalar la importancia que, en todo estudio científico de una institución de derecho, tiene la determinación o investigación de su naturaleza jurídica, de acuerdo con sus notas distintivas.

En este caso, esa importancia se convierte en una necesidad casi imperiosa, por la circunstancia de que, contrariamente con lo que sucede en otras legislaciones como la alemana o japonesa, nuestra ley positiva sólo contiene una disposición general sobre el punto, aparte de otras dispersas sobre instituciones en que se produce la intervención de un tercero en la relación jurídica(38)(674). La directiva legal, pues, resulta insuficiente para resolver todas las cuestiones posibles que se plantean en el caso de contrato o negocio jurídico a favor de tercero. Por lógica consecuencia, la exacta conclusión sobre la naturaleza jurídica, de acuerdo con las mencionadas notas distintivas de la institución, habrá de facilitar la inducción de reglas particulares aptas para resolver esas diferentes cuestiones o problemas que el acto jurídico a favor de tercero suele plantear en la realidad práctica.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Para explicarla se han propuesto varias teorías:

a) Teoría de la oferta: Para sus sostenedores, el beneficio que recogería el tercero se habría convenido en favor del estipulante que, a su vez, después de ingresado en su patrimonio, lo ofrecería al tercero, con cuya aceptación formaría un segundo contrato del que obtendría entonces el beneficio(39)(675). Esta teoría presenta varias consecuencias disvaliosas; en primer lugar, si el beneficio del tercero entra al patrimonio del estipulante, no son nada despreciables las consecuencias respecto de sus deudas, de su posible fallecimiento o de su falencia. Se sigue, según la feliz expresión de Josserand, "un caminotortuoso"(40)(676). Para Borda no hay sino un solo negocio jurídico, pero de fisonomía triangular(41)(677).

b) Efecto retroactivo de la aceptación: Como atinadamente observa Rezzónico, constituye una adaptación de la teoría anterior a nuevas e importantes necesidades prácticas. Fue la jurisprudencia la que buscó que la aceptación tuviera efecto retroactivo al día de la oferta(42)(678). Quedan así alejados los peligros reseñados anteriormente, pero no se elimina otro efecto desfavorable de la teoría de la oferta, ya que el tercero no recibe su prestación directamente del promitente sino a través del estipulante(43)(679).

c) Teoría de la oferta por el promitente: Thaller desarrolló esta teoría en ocasión de la publicación de un fallo del Tribunal de Apelaciones de Besançon del 2 de marzo de 1887(44)(680).

También en este caso se trata de una variante de la teoría de la oferta, ejemplificada con el contrato de seguro de vida, en que la aseguradora promete al estipulante, para el supuesto de fallecimiento y previo pago del premio del seguro, que ofrecerá al tercero designado el pago del capital o suma convenida.

También en este caso es necesaria la aceptación del tercero para hacer irrevocable la adquisición del derecho, y entonces todas las alternativas que podría sufrir el estipulante que tuvieran como consecuencia extinguir su derecho se aplican al promitente. Además, el tercero se encuentra a merced del promitente, si éste retira su oferta o no la hace(45)(681).

d) Teoría de la policitación conjunta(46)(682): Se trata de otra variante de la teoría de la oferta, por la cual nos hallaríamos ante una convención compleja: una, entre estipulante y promitente, y la segunda, entre ambos frente al beneficiario de la estipulación. Son ambos los que dan lugar a la oferta proyectada hacia el tercero.

El vínculo contractual se perfecciona cuando el tercero omite su aceptación; antes de hacerlo, se encuentra en la misma situación de quien recibe una oferta por parte de aquéllos que contratan, de la misma manera que en infinidad de contratos en que la oferta precede a la aceptación.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Esta teoría ha sido criticada por el desdoblamiento de la operación en dos contratos diferentes, cuando todo debe fundirse en una unidad contractual, una única relación en la que se estipula una ventaja para el tercero.

e) Teoría de la cesión: Según Rezzónico(47)(683), existe una vinculación entre ésta y la teoría de la oferta, tratándose simplemente de un concepto explicativo de la tratada anteriormente. Se parte de la convención base y se considera que la aceptación del tercero constituye una segunda convención, una cesión de crédito hacia el tercero, a cuyo patrimonio pasa. Las mismas objeciones que a la anterior pueden hacerse a este criterio, especialmente en lo que se refiere a las alternativas del crédito mientras no ha sido aceptado, frente a la quiebra o fallecimiento del estipulante.

Otros autores(48)(684) indican que existe una cesión tácita, aun cuando ello no es conforme con el criterio de la adquisición directa, que impera en el derecho alemán.

f) Teoría de la gestión de negocios: Se trata de una explicación mucho más antigua, que se atribuye a Pothier(49)(685), por la cual quien estipula un beneficio para un tercero actúa como un verdadero gestor de los negocios de ese tercero. La aceptación de éste equivale a la ratificación del negocio, que lo hace definitivo e irrevocable. Fue defendida principalmente por Colmet de Santerre y por Demolombe(50)(686).

Esta teoría posee algunas ventajas sobre la anterior, especialmente en cuanto a que la ratificación o aceptación puede ser prestada con posterioridad al fallecimiento del estipulante y, como el beneficio no ingresa al patrimonio del estipulante, no integra la garantía de los acreedores(51)(687).

Sin embargo, esta tesis no abrió camino en la jurisprudencia. Ambas instituciones no pueden asimilarse, por cuanto el gestor de negocios obra en interés del dueño y no en interés propio, como el estipulante, que es el dueño de la operación(52)(688). La personalidad del estipulante se destaca mucho más que la del gestor; ha obrado en su propio nombre, puede arrepentirse y aplicarse a sí mismo el beneficio de la operación. Por otro lado, la persona del tercero es mucho más borrosa, ya que mientras no acepta el beneficio nada puede hacer por su derecho; en tanto en la gestión de negocios existe un complejo obligacional que lo liga al gestor con independencia de su ratificación(53)(689).

g) Teoría de las obligaciones subjetivamente alternativas: Fue inicialmente desenvuelta para justificar el contrato de seguro a favor de tercero, pero se la ha considerado aplicable a toda estipulación a favor de tercero. El asegurado o estipulante contrata bajo la condición alternativa a favor del tercero y a favor propio, dando lugar a una obligación alternativa en cuanto a la designación del acreedor. Ello

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

podría ser permitido, ante el silencio de la ley sobre obligaciones alternativas subjetivas, por analogía con las soluciones respecto de obligaciones objetivamente alternativas.

Pacchioni(54)(690)considera a la construcción artificiosa, y sólo está "fundada completamente en el aire", ya que no es admisible argumentar por analogía de la alternatividad objetiva a la subjetiva.

h) Teoría de la reducción del principio de nulidad: Fundada en el Código francés, declaran sus expositores que el principio de la nulidad de la estipulación en beneficio de tercero está reducido a los límites más estrechos (art. 1119, Cód. francés), reconociendo un amplio campo de aplicación al art. 1121(55)(691). Se trata de una interpretación amplia de la norma legal, que no explica las notas distintivas ni explica el alcance de la estipulación.

i) Teoría de la representación del interés ajeno: Ripert - Boulanger(56)(692)sostienen que la estipulación es un procedimiento de técnica jurídica que tiene su estructura, caracteres y efectos propios, una creación del derecho moderno, cuyas dificultades han surgido por los autores y los tribunales, que han debido elaborar sus teorías y decisiones de acuerdo con textos viejos, alejados de las necesidades prácticas del tráfico comercial.

Explican la estipulación como una representación de los intereses de otro, paralelamente a la gestión de negocios. Al mismo tiempo que el estipulante obra por su cuenta, pone su voluntad al servicio de otro, lo que da por efecto repartir los efectos del contrato; al mismo tiempo que se producen efectos en su patrimonio, nace un crédito en beneficio del tercero.

Le son aplicables las mismas objeciones que a la teoría de la gestión de negocios, de cuyas principales características participa, porque en la estipulación el contratante no representa ningún interés ajeno.

j) Teoría de la voluntad unilateral: Se fundamenta la estipulación en la voluntad unilateral, que adviene eficaz al injertarse en el contrato base. En primer lugar, corresponde puntualizar que para admitir esta tesis debe mediar aceptación de la teoría de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, lo que no deja de representar algunos inconvenientes.

Colmo se enrola en esta posición, admitiendo la teoría de la voluntad en general, como sexta fuente de las obligaciones. Para él es imposible descubrir en ningún caso una plena voluntad unilateral, individual o aislada, que obligue antes de toda aceptación. Sería una voluntad sin apoyo jurídico, sin sujeto activo. Mientras no surja quien la incorpore a su patrimonio, aceptándola o haciéndola suya, es solamente una concepción, una idea y no un hecho de la realidad. No importa que la aceptación no sea deliberada o discutida; aunque se la llame adhesión o como se quiera siempre implica una conformidad de otro, postula una nueva voluntad que se une a la oferta, como en los contratos corrientes.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Hay situaciones jurídicas que no encuadran en plenitud en los principios contractuales corrientes, por el predominio de una de las voluntades que concurren al acto y que reclaman, o bien una extensión conceptual del término contrato o la creación de una nueva figura volitiva afín con el contrato ordinario, pero diferente de éste(57)(693).

Se ha sostenido, con prescindencia de la crítica de orden general de la doctrina, que esta teoría no hace sino encubrir el origen contractual del derecho del tercero, su dependencia del contrato del que ha surgido, sus causas de resolución o nulidad(58)(694).

k) Teoría de la relación revocable: Roca Sastre - Puig Brutau(59)(695)sostienen que de la estipulación, revocable mientras no se acepte, surge un derecho o vocación del tercero a ser titular de la prestación mediante la aceptación, acto jurídico con el cual entra en su patrimonio en forma definitiva.

Se ha criticado esta teoría porque resulta inaceptable que contractualmente pueda nacer un derecho en una persona sin su conocimiento y consentimiento y porque no se puede teorizar analógicamente con las herencias o legados.

l) Teoría de la creación directa: Se funda en las necesidades prácticas del derecho y ha sido conceptualizada como la más sencilla y firme sobre este problema. Se deja de lado la concepción clásica e individualista por la que un acuerdo de voluntades entre dos individuos no puede producir efectos respecto de un tercero. El derecho de éste nace directamente de la estipulación sin pasar antes por el patrimonio del estipulante o promitente, con lo que se salvan los inconvenientes apuntados al examinar la teoría de la oferta o de la policitación conjunta(60)(696).

Se trata de una creación de la doctrina moderna esencialmente de la alemana, y en ella se inspiran los Códigos más recientes, como el alemán (art. 328), suizo (art. 112) y el brasileño (art. 1098). En ella se ha inspirado la ley 3942 sobre seguros de vida en favor de terceros(61)(697). Idéntica conclusión debe emitirse si se tiene presente lo dispuesto por el art. 143 de la ley 17418.

En los mismos principios abrevia el anteproyecto Babiloni(62)(698). El derecho nace de un contrato y no necesita del consentimiento del beneficiado, pues el acuerdo está concluido; el tercero puede aceptarlo o repudiarlo como la herencia o legados. Tal manifestación no es constitutiva del acto, es la renuncia del derecho de renunciar(63)(699).

Se ha objetado esta tesis por cuanto no hace sino comprobar un resultado de la institución sin llegar a explicarlo, como se ha intentado por el principio de autonomía de la voluntad(64)(700).

m) Institución "sui generis": Finalmente, otros autores consideran forzado e inconveniente tratar de encasillar a esta doctrina en otros moldes, porque tiene un régimen que le es propio y peculiar, fundada en la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

voluntad común de los contratantes y se ha revelado útil en la vida de los negocios(65)(701).

Nuestra opinión: Prescindiendo del hecho de que tratar de definir o explicar una institución jurídica mediante la fácil y sencilla fórmula de la expresión *sui generis*, es decir, acordándole características particulares propias, constituye muchas veces una manera de eludir un examen detenido y profundo de la cuestión, consideramos que con la feliz expresión de Borda: "echar vino nuevo en odres viejos", resulta inútil tratar de explicar la estipulación en favor de tercero de acuerdo con fórmulas clásicas individualistas. Se trata de una institución que ha nacido y evolucionado en el derecho moderno, como una cortapisa al principio general de que los actos jurídicos no pueden producir efectos frente a terceros.

Ni la teoría de la oferta, con sus variantes, ni la de la gestión de negocios o representación resultan satisfactorias, por las razones expuestas anteriormente. En consecuencia, no nos queda sino la teoría de la creación directa, que es prácticamente lo mismo que decir que se trata de una institución *sui generis*, ya que la doctrina no hace sino comprobar cuáles son las notas esenciales de la estipulación a favor de tercero, que son particulares y peculiares de la misma.

No es otra, en nuestro concepto, la posición de Dassen(66)(702), en cuanto sostiene la falsedad intrínseca del principio de que los contratos no pueden aprovechar a terceros y que la explicación de este derecho del tercero es una consecuencia más del campo de aplicación de la autonomía de la voluntad, consagrada en el artículo 1197 del Código Civil.

Entendemos atinada una aguda observación de Pacchioni: todo el desacuerdo que existe entre los autores parte de un mismo prejuicio, el de que el tercero debe tener en todos los contratos un derecho de la mismaturaleza. La proclamación de la independencia del derecho del tercero es indispensable en algunos casos, como forma de guardar el contenido de ese derecho, como a veces puede no serlo, en aquellos contratos en que el derecho que se le quiere atribuir no es sino el mismo derecho que el estipulante hubiera adquirido si no lo hubiera transmitido en su favor(67)(703).

CAPÍTULO III: Relaciones jurídicas que establece la estipulación

a) Entre otorgantes: (relación de cobertura): Entre ellos, a los que denominaremos promitente y estipulante, según la terminología utilizada y propiciada por Dassen(68)(704), debe tenerse muy presente que existe una relación convencional cuya naturaleza puede variar prácticamente el infinito, por lo que nuestro examen se limitará a estudiar las relaciones o vínculos conectados con la prestación a efectuarse al tercero(69)(705). Los efectos propios del contrato, donación, renta vitalicia, etc., no son

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

modificados por la circunstancia de mediar una estipulación a favor del tercero. Esta relación básica existente entre el deudor y promisorio es decisiva para la relación de prestación entre el deudor y el tercero beneficiado por el contrato(70)(706). Al estipulante le corresponde siempre una acción. Podrá él pretender ora la ejecución del contrato, ora la prestación de la cláusula penal, ora el resarcimiento del daño. También podrá ejercer la acción de resolución o de revocación, según la naturaleza del contrato(71)(707).

1) Acción para resolver el contrato: Se admite en general que ante el incumplimiento del promitente, el estipulante puede resolver el contrato. Se trata de la aplicación de la facultad resolutoria tácita que consagran los artículos 1204 del Código Civil y 216 del Código de Comercio. Lo mismo sucederá con la cláusula o pacto comisorio expreso. Más aún, en un caso concreto de contrato a favor de tercero, la ley positiva argentina admite la resolución o revocación de la donación por inejecución de los cargos impuestos por el donante(72)(708).

Idéntica solución propicia Bibiloni, con acierto, en el artículo 77 del anteproyecto. En la nota correspondiente afirma que el contratante que ha prometido una prestación a un tercero, lo ha hecho por una convención ajustada que no modifica sus condiciones porque exista aquella obligación. El principio fundamental es que el derecho nace de una convención que debe ser cumplida. El estipulante, por lo tanto, conserva todos los medios que se reconocen a los contratantes para exigir el cumplimiento de los contratos y, en su caso, resolverlo si ese derecho le compete. El tercero, que carece de todo privilegio, pasará por la situación jurídica creada.

2) Acción para exigir el cumplimiento: Mucho se ha discutido acerca de la titularidad de esta acción, que se disputan el tercero y el estipulante. Quienes la niegan al estipulante aceptan un resabio del derecho romano, que no admitía que tuviera interés en el cumplimiento de la prestación, porque no ha contratado para sí y, por lo tanto, no es acreedor del promitente u obligado.

Se olvida que el promitente ha contraído la obligación con el estipulante; luego éste debe tener acción para exigirle el cumplimiento(73)(709). Sin embargo, el codificador ha vedado esta vía al donante por la inejecución de los cargos o modos que favorecen a terceros(74)(710).

Los códigos modernos han abandonado esta estrecha concepción del derecho del estipulante, porque, como dice Bibiloni(75)(711), todo esto es muy arbitrario. Si el estipulante no tuviera ese interés no se advierte por qué se le permite revocar la donación precisamente por razón de la inejecución de los cargos. Tampoco se comprende que haga determinadas prestaciones en un contrato y carezca de acción para exigir que el promitente cumpla la suya a favor del tercero. La recta inteligencia de las relaciones que nacen de la estipulación a favor de tercero impone la concesión del derecho a demandar el cumplimiento de la prestación a favor de ese tercero.

El Código alemán tiene la misma solución del anteproyecto Bibiloni, en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el párrafo 335, que dice: "El estipulante puede, si no se presume una voluntad contraria en los contratantes, exigir la prestación en favor del tercero, aun cuando le corresponde a éste el derecho a exigirla"(76)(712). El Código Federal Suizo de las Obligaciones contiene el mismo principio (artículo 112): "Aquél que obrando en nombre propio ha estipulado una obligación en favor de un tercero tiene el derecho de exigir la prestación en provecho de ese tercero"(77)(713). Lo mismo disponen el artículo 1098 del Código brasileño, el 881 del Código Civil austriaco, el art. 1034 del proyecto de Código Civil General húngaro(78)(714), el art. 537 del Código Civil japonés y el art. 1345 del Código peruano.

Para otros autores, el estipulante sólo tiene acción para exigir el cumplimiento cuando tiene algún interés concreto en el cumplimiento de la promesa, cuando está personalmente interesado en ello. Su situación, dice, no es igual a la del tercero, que es el verdadero acreedor; en caso de inejecución, él solo obtendrá la reparación del perjuicio que se le ha causado, muy diferente del sufrido por el tercero(79)(715). Creemos con Dassen, que esta tendencia no es la predominante, de acuerdo con la doctrina y legislación citadas, que indican la necesidad de acordarle acción por cumplimiento.

Ante el silencio del artículo 504 de nuestro Código Civil, su recta aplicación impone acordar acción al estipulante, salvo en aquéllos supuestos particulares de la institución que contengan una disposición expresa en contrario, como en la donación(80)(716). Así lo impone el criterio sustentado por la más moderna doctrina y legislación comparada y la necesidad del tráfico. Dassen sostiene que tanto el estipulante como el tercero tienen acción, que no revisten el carácter de solidarias, porque el estipulante no podría exigir para sí el cumplimiento de la prestación; existe concurrencia de acciones, pero ambas tienden a que la prestación se cumpla a favor del tercero(81)(717).

3) Acción de repetición: Si el estipulante ha entregado una cosa o valor al promitente, con la condición o modo de hacer o entregar alguna cosa al tercero, podrá repetir su prestación en caso de incumplimiento(82)(718). En realidad no se trata más que de una consecuencia de la acción de resolución a que antes nos hemos referido.

4) Otras acciones: Admitido el hecho de que el estipulante tiene acción para exigir el cumplimiento del contrato o de la prestación a favor del tercero, no existe ninguna dificultad en reconocerle acción para demandar los daños y perjuicios derivados del retardo o incumplimiento, pero sólo los que se les han causado a él personalmente, no los que pudo haber sufrido el tercero, que puede reclamarlos personalmente(83)(719).

También, por lógica consecuencia, podrá el estipulante accionar para que se cumpla con la cláusula penal establecida en su favor, en el supuesto de que haya tomado la previsión de garantizar el cumplimiento de la promesa hecha al tercero, con dicha sanción accesoria(84)(720).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

b) Entre estipulante y beneficiario (relación de valuta): En la mayoría de los casos, el motivo que ha determinado al estipulante a contratar un beneficio a favor de un tercero, no es más que el ánimo de beneficiario; el acto constituiría una liberalidad. Pero nada se opone a que el contrato a favor de un tercero sea un medio de pago. Por eso dice Dassen(85)(721) que es imposible dar normas generales, ya que la naturaleza de las relaciones entre estipulante y tercero beneficiario habrá que desentrañarla del estudio de cada caso particular.

Para Ripert - Boulanger(86)(722) no se forma ninguna relación obligatoria entre el estipulante y el tercero a consecuencia del contrato, pues el estipulante no ha tenido intención de obligarse con el tercero y no ha podido obligar al tercero. Sin embargo, la estipulación puede engendrar, en las relaciones entre el estipulante y el tercero, efectos que dependen a la vez de su voluntad común y su situación anterior. Distinguen también dos hipótesis, según que el tercero reciba a título gratuito o a título oneroso la prestación prometida, rigiéndose el primer caso por la regla de las donaciones; en el segundo puede ser el tercero acreedor de estipulante y servirá de pago la entrega que haga el promitente(87)(723). Babiloni contempla también ambos casos(88)(724).

Para Giorgi, en cambio, el carácter jurídico del beneficio obtenido por el tercero es una liberalidad, porque si el tercero fuese ya acreedor actual o eventual del estipulante, su derecho quedaría como antes(89)(725).

c) Entre promitente y el tercero beneficiario: El derecho del tercero es autónomo, directo en el sentido de que no deriva del patrimonio del estipulante. En consecuencia, tiene acción directa para reclamar la obligación que se ha constituido en su beneficio(90)(726). Según el Código peruano de 1936, artículo 1349, el derecho de exigir el cumplimiento incumbe al tercero sólo cuando así resulte del fin contemplado en el contrato.

Por el contrario, no tiene derecho a ejercer la acción de resolución del contrato, pues la resolución sólo podría beneficiar al estipulante. Ni siquiera puede el tercero ejercer la acción en nombre del estipulante, porque no se ha convertido en acreedor del estipulante sino del promitente(91)(727).

Para Giorgi(92)(728) las acciones sobre resolución, revocación o rescisión del contrato pertenecen en principio al estipulante, pero pueden corresponder al tercero en cuanto quiera y pueda aprovecharse de ellas. La tesis negativa es demasiado absoluta; cuando se habla de acciones ejercitables por el tercero, hay que distinguir el caso en que él tenga algún interés para ejercitar por sí las acciones contractuales de aquel otro en que este ejercicio resultaría inútil. También debe atenderse a la circunstancia de que pueda llegar a perjudicar los derechos del estipulante.

Dassen funda la improcedencia de esta acción en las consecuencias que acarrearía la resolución o revocación. Por hipótesis, podría el tercero exigir el cumplimiento si cualquiera de las partes o él mismo hubiera

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

obtenido la sentencia que extingue el vínculo jurídico. Por otro lado, si fuera el estipulante quien reclamó la resolución del contrato, podría oponer como defensa esa extinción al reclamo del beneficiario que no fue parte en el proceso. En principio, la sentencia de revocación o resolución no puede tener efectos frente al tercero cuando no se lo cita al pleito(93)(729). Véase en contrario la opinión de Bibiloni, citada en este capítulo, punto a, párrafo 1, con relación al artículo 77 de su anteproyecto.

Entendemos, con Pacchioni, que toda la aparente dificultad y oposición entre las diferentes opiniones, desaparece en tanto se renuncie a la pretensión de dar al problema una única solución genérica, para todos los supuestos de contratos a favor de terceros. El problema debe ser resuelto en función de cada una de las situaciones que se presenten, según la función económico - social del contrato y según los fines que con él se buscan. En algún caso el derecho del tercero es un derecho abstracto, cuando sea útil aislar la obligación que asume el promitente con aquél, dejando que los vicios o defectos del contrato sólo se produzcan entre las partes. Pero en la generalidad de los casos esta abstracción de la causa del contrato, con relación al derecho del tercero, es innecesaria y se debe buscar la causa en el contrato, o de otro modo, en la que reconoce la validez de la operación.

Así parece entenderlo Bibiloni, al disponer en el artículo 72 del anteproyecto que, en defecto de cláusulas especiales, se determinará según las circunstancias y objeto del contrato, si el tercero adquiere derechos y bajo qué condiciones y si queda reservado a los contratantes la facultad de modificar o suprimir el derecho del tercero, sin su consentimiento(94)(730). En forma similar legisla el (Código peruano de 1936, artículo 1347.

En conclusión, sobre este punto, será el texto o tenor general del contrato que determinará la extensión del derecho del tercero y la naturaleza de las acciones tendientes a su protección o a hacerlo efectivo.

Tiene importancia práctica la consideración de estas relaciones, para fijar la causa que debe atribuirse al derecho del tercero y las excepciones que el obligado puede oponer frente al tercero. La determinación de la causa es indispensable para el caso de caer el promitente en quiebra, por ejemplo, para la graduación de créditos(95)(731).

Para algunos autores, este derecho no es autónomo e independiente, sino el mismo que el del estipulante, mediante una fingida cesión o gestión de negocios. En este criterio, por lo tanto, la causa de la prestación ha de buscarse en el mismo contrato celebrado entre estipulante y promitente. Otros, en cambio, sostienen que el derecho del tercero es independiente, suyo y propio. A éstos se les ofrece una alternativa: negar que el derecho del tercero tenga causa material, pues se trataría de un acto abstracto; o, por el contrario, buscar la causa en el mismo contrato aludido(96)(732).

Como sostiene Dassen(97)(733), el derecho del tercero es autónomo y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

directo, pero sólo en el sentido de que su derecho no deriva del patrimonio del estipulante, aunque nace del contrato celebrado por éste, sin oferta o gestión de negocios de ninguna naturaleza.

Lo referente a las excepciones oponibles por el promitente, consecuencia de las relaciones analizadas precedentemente, será objeto de consideración por separado, al tratar sobre la exigibilidad de la prestación en el capítulo siguiente.

Carácter del Tercero: Con los breves conceptos expuestos queda ya delineado el carácter que reviste el tercero en la estipulación. Aparentemente, el precepto legal (art. 504 Cód. Civil) enuncia un efecto de la obligación a favor de un tercero, es decir, una excepción al principio general sentado en el artículo 503. Pero no hay tal, pues el tercero de] artículo 504 es nada menos que el acreedor de tal obligación. Lo particular del asunto es que ese tercero lo es en cuanto al contrato que la ha originado, pero no es tal tercero con relación a la obligación en sí misma. Su situación, como acreedor, es idéntica a la de cualquier otro en cuanto a los medios de que dispone para compeler al deudor al cumplimiento de la obligación(98)(734).

Nacimiento del derecho del tercero: En orden a este tema, el primer problema que se nos plantea es el de saber si la adquisición del derecho depende de su manifestación de voluntad, es decir, de su aceptación.

Para Ripert - Boulanger(99)(735) la aceptación sólo es exigida para salvaguardar el principio de la independencia jurídica de las personas; el derecho se ha formado sin la voluntad del tercero, con la formalización del contrato, pero es necesario que el tercero manifieste la voluntad de concurrir a la apropiación, incorporando el derecho a su patrimonio; de ello se desprende que el derecho precede a la aceptación y es obra de la voluntad común de estipulante y promitente, nace en el momento mismo en que se ha perfeccionado el contrato(100)(736).

De esta conclusión se desprenden varias consecuencias prácticas:

a) Como la voluntad del tercero no tuvo parte alguna en la creación del negocio, es indiferente su estado de capacidad en ese momento; lo que interesa verdaderamente es su situación de capacidad en el momento de la aceptación.

b) La aceptación puede producirse aun después de la muerte del estipulante, porque no se trata de una oferta(101)(737) y el derecho del tercero existe desde la formalización del contrato. Esta solución ha sido de gran utilidad práctica en el seguro de vida a favor de un tercero; casi siempre éste manifiesta su voluntad recién después de la muerte del asegurado.

c) Los mismos autores sostienen que la aceptación puede darse por los herederos del tercero si ha muerto antes de haberse revocado su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho, solución que no es compartida por Bibiloni para el supuesto de prestación a concretarse después de la muerte del estipulante, si el tercero fallece antes que él(102)(738). En la generalidad de los casos, si el derecho del tercero ha ingresado en su patrimonio ab initio, la solución propiciada es lógica(103)(739).

Busso coincide con este criterio, al señalar que si el tercero hubiera sido parte en el contrato tendría un derecho definitivo o irrevocable, mientras que en la estipulación a favor de tercero sólo tiene uno revocable hasta el momento en que efectúa su declaración de voluntad de aceptar la prestación. Se trata de un reconocimiento de ese derecho aún antes de la aceptación(104)(740).

Para Pacchioni(105)(741), la fuente de las controversias sobre este punto de la teoría reside en la circunstancia de que se pretende razonar sobre todos los contratos a favor de tercero, mediante la aplicación extensiva de las normas dadas o que debería dar el derecho civil para ciertos contratos típicos que se presentan en la vida real. Así, hay quienes sienten repugnancia a conceder un derecho a una persona que no ha demostrado de modo alguno su voluntad de apropiarse de él, requiriéndose su aceptación, ratificación o apropiación. Otros, en cambio, lo hacen surgir inmediatamente en el momento de perfeccionarse el "contrato - base" Según este autor, debe procederse cautelosamente y distinguiendo caso por caso, buscando su naturaleza íntima, y en función de sus características y de sus elementos determinantes, resolver el problema.

Posteriormente, se pregunta si la declaración del tercero a que se refiere el viejo artículo 1128 del Código italiano constituye un requisito para la adquisición del derecho por el tercero o se refiere exclusivamente a la revocabilidad por parte del estipulante, es decir, la renuncia del derecho de renunciar. Pacchioni observa que los argumentos desarrollados por esos autores son persuasivos, pero a su juicio no resisten una crítica seria, porque la eliminación de la declaración del tercero del número de los elementos o requisitos constitutivos del derecho de ese tercero, sería reconocer que una determinada situación de excepción es elevada a la categoría de regla general, contra la que existe un precepto legal expreso en contrario. No se puede argumentar por analogía con las herencias y legados, actos o hechos jurídicos mortis causa, cuando se trata de contratos o negocios jurídicos entre vivos. Sus argumentos pueden resultar aplicables a la normativa vigente en nuestro país, en cuanto el artículo 504 del Código Civil exige la aceptación de la estipulación y la notificación al obligado antes de ser revocada.

Concluye que la declaración del tercero no es la aceptación de una oferta contractual, sino el requisito legal del perfeccionamiento de su derecho, que tiene su primera base en el contrato(106)(742)El Código italiano de 1942 establece que el tercero adquiere el derecho por efecto de la estipulación, pero puede ser revocada hasta que el tercero haya declarado querer aprovecharlo (artículo 1411).

En el derecho francés la aceptación del beneficiario es un requisito

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

esencial sin el cual el derecho no nace; no existe sino una policitación(107)(743), Otros, en cambio, piensan que tal aceptación no juega el rol de un hecho generador del derecho del beneficiario ni es un hecho constitutivo o confirmativo del acto jurídico. Se trataría simplemente de una consolidación de la estipulación en el sentido de que, a partir de tal aceptación, el estipulante pierde el derecho que antes le pertenecía de revocar la atribución. Según estos últimos, la adhesión puede ser realizada aundespues de la muerte del estipulante, o aun por los herederos, si el tercero falleció antes de exteriorizar su voluntad. Tal la interpretación del artículo 1121 del Código francés: "aquél que ha hecho una estipulación no puede revocarle si el tercero ha declarado querer aprovecharse de la ventaja"(108)(744).

Larenz, en el derecho alemán, sostiene que el derecho del tercero nace directamente del contrato, pero no en forma definitiva, pues las partes contratantes pueden reservarse la facultad de modificar o suprimir ese derecho(109)(745). Cita el traductor en apoyo de su criterio un fallo del Tribunal Supremo español del 10 de diciembre de 1956, en el sentido de que no puede entenderse que el derecho es propio del que estipuló el contrato, el cual luego lo cede al tercero. El derecho de éste surge sólo cuando el tercero declara querer aprovecharlo; no se trata de una aceptación o ratificación, sino de una adhesión elevada por la ley a verdadero y propio requisito para que nazca el derecho de aquél, *condictio juris*(110)(746).

Giorgi reseña la controversia existente sobre el punto en la doctrina alemana, cuyos lineamientos hemos expuesto sucintamente con relación a la necesidad de la adhesión o aceptación del tercero o a la de adquisición del derecho inmediato, que no podría ser a término o condicional o sometido a revocación según la voluntad de los contratantes. A su juicio, "éste es el sistema más conforme al espíritu de los tiempos". Obedeciendo a las necesidades impuestas por las diferentes leyes positivas, distingue entre dos especies de estipulaciones a favor de terceros: una que llama falsa, por la cual se trata de una oferta necesitada de aceptación, y una segunda, verdadera, por la cual el tercero adquiere, según la intención de los contratantes, un derecho que no necesitaba de ninguna adhesión suya(111)(747). Es en este último concepto que se inspiran los Códigos suizo y alemán, en cuanto sólo admiten la revocación cuando así se haya estipulado.

El Código alemán no establece como requisito la necesidad de la aceptación, como queda dicho; al contrario, le atribuye el efecto de la adquisición directa del derecho(112)(748). A falta de disposición especial del contrato, debe deducirse de las circunstancias y fin del contrato si el derecho nace inmediatamente o sólo al cumplir determinados requisitos o condiciones y si debe reservarse a los contratantes la facultad de retirar o modificar el derecho del tercero sin su consentimiento(113)(749). El mismo criterio sigue Bibiloni, inspirado en esos textos, al redactar los artículos 71 v 72 del anteproyecto(114)(750)Según el artículo 71 los terceros "adquieren directamente sus derechos en los términos y bajo los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

supuestos establecidos en la convención". Explica el fundamento de su solución que no se trata de una oferta sino de un pacto ajustado; no hay inconveniente para que se realice lo que en él se ha convenido. No se necesita el consentimiento del beneficiado por la convención. El derecho está abierto por el contrato, como está abierto por el testamento y la muerte, el del heredero y del legatario. La aceptación no es constitutiva del acto, sino la renuncia del derecho de renunciar.

Sobre este punto han de tenerse presente las críticas anticipadas a este criterio por Pacchioni, porque no es lícito argumentar sobre la base de disposiciones o fundamentos del derecho sucesorio en materia convencional, es decir, con relación a negocios jurídicos celebrados entre vivos.

En el derecho suizo(115)(751)se autoriza al tercero o sus sucesores a reclamar personalmente la ejecución, cuando tal ha sido la intención de las partes. Desde el momento en que el tercero declare al deudor que entiende usar de su derecho, no depende más del acreedor liberar al promitente. La aceptación no funciona sino para hacer irrevocable el derecho del tercero.

Otro es, en cambio, el criterio del Código Civil del Japón, que en el artículo 537 autoriza al tercero a exigir directamente la prestación del promitente, en el supuesto de estipulación contractual en su favor. Su derecho nace en el momento en que expresa su voluntad de querer aprovecharse de tal contrato. Luego de ese "nacimiento", es decir, de la aceptación el derecho no puede ser modificado ni extinguido(116)(752).

Con relación a nuestro Código, se ha dicho que el requisito de la aceptación funciona como exigencia legal para el nacimiento del derecho como sostiene Pacchioni para el derecho italiano. Dassen, por el contrario, sostiene que el requisito de hacer saber la aceptación al obligado antes de que sea revocada es lo suficientemente claro para dar a entender que lo único que se ha querido con la aceptación del tercero es consolidar su derecho impidiendo la revocación(117)(753).

Por nuestra parte, entendemos que si bien el derecho del tercero puede tener carácter autónomo, es decir, que no pasa por el patrimonio del estipulante, con los efectos que se verán con relación a la muerte o concurso de aquél, ello no significa que se lo deba independizar de tal manera que nazca inmediatamente del contrato y sin necesidad de manifestación alguna de su parte. Resulta contradictorio ubicar a esta institución en la teoría general del negocio jurídico o en la teoría general del contrato, típico acto jurídico bilateral entre vivos, para hacer nacer un derecho y la consiguiente obligación sin necesidad de ninguna manifestación de voluntad. El requisito de la aceptación o adhesión es necesario, porque recién con ello o a] mismo tiempo que se manifiesta, en forma expresa o tácita, queda abierta la acción para exigir el cumplimiento o aun para obtener las posibles medidas conservatorias tendientes a la protección del crédito del tercero.

Los inconvenientes que pueden presentarse por medio de esta adquisición tardía o derivada de la adhesión, pueden ser salvados

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mediante el simple expediente de acordarle efecto retroactivo a ese acto(118)(754).

En nuestro concepto, no es otra la interpretación que, con sentido lógico y de acuerdo con el contexto general del ordenamiento legal vigente, puede darse al texto del art. 504 del Código Civil.

Formas de la aceptación: Como toda manifestación de voluntad, la aceptación puede ser expresa o tácita(119)(755). Aun puede provenir de un hecho, como el requerimiento de pago o la iniciación de la demanda de cumplimiento, con la notificación al estipulante.

Efectos de la no aceptación: En caso de renuncia del tercero o de faltar su aceptación o declaración de querer aprovecharse de la estipulación, no es posible dar una respuesta de tipo general en cuanto a quién debe aprovechar esta circunstancia, lo que se decide según la voluntad de las partes. Si la prestación a favor del tercero sólo es parte de la prestación que ha estipulado el contratante en su propio provecho, la prestación debe 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 renuncia serán en beneficio del promitente, que queda liberado(120)(756).

Para Ripert y Boulanger, como consideran que el tercero está investido del derecho desde el momento de la conclusión del contrato, si el tercero se niega a beneficiarse con la estipulación, se despoja de un derecho ya adquirido(121)(757).

Para Dassen(122)(758), en cambio, el caso de no aceptación se juzga como si el derecho nunca hubiese existido. En cuanto a los efectos, entiende que no es posible sentar un principio general, ya que dependen de las circunstancias de cada caso particular: el estipulante ya podrá obrar contra el promitente, por enriquecimiento sin causa, ya podrá exigir la prestación en su propio beneficio, o quizá ninguna acción será posible. El Código alemán en el párrafo 333 establece: "Si el tercero rechaza, frente al promitente, el derecho adquirido con el contrato, se tiene como no adquirido este derecho".

Bibiloni en su artículo 77 del anteproyecto legislaba en el sentido de que el tercero podía repudiar lo estipulado a su favor, derecho que se perdía por la aceptación expresa o tácita. La renuncia, agregaba, desvanece el derecho del tercero como si nunca hubiese existido, la cual es irrevocable. En la nota explica que no procede establecer reglas generales, en lo que coincide con los autores citados anteriormente(123)(759), opinión que compartimos.

El Código italiano de 1942 estipula que en caso de rehusamiento por parte del tercero, la prestación queda a beneficio del estipulante, salvo que otra cosa resulte de la voluntad de las partes o de la naturaleza del contrato(124)(760).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Naturaleza del derecho del tercero: Se trata de una cuestión básica para dilucidar el tema tratado, no sólo por razones teóricas, sino por implicancias prácticas (quiebra - fallecimiento).

La pregunta fundamental es la siguiente: ¿el derecho adquirido por el tercero es autónomo o derivado del patrimonio del estipulante?

El Código alemán, segundo apartado párrafo 328, dispone: "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".

En primer lugar se estará a la voluntad de las partes, según lo establezcan expresamente. En caso contrario, surgirá de las circunstancias y fin del contrato(125)(761).

Pero el párrafo 329 del mismo Código estatuye un principio contrario, donde dice: "si una de las partes se obliga en el 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".

Esto demuestra que no hay una regla general, sino que ambos principios no se excluyen y se adaptan a las circunstancias y a cada caso especial de estipulación a favor de terceros.

Planiol, comentando el derecho francés, entiende que la acción del beneficiario o tercero contra el promitente nace directamente en su patrimonio: toda idea de transmisión debe ser descartada como contraria a la voluntad de las partes y a las necesidades prácticas(126)(762).

Pacchioni manifiesta que también sobre este punto es profundo el desacuerdo, ya que mientras unos quieren atribuirle una naturaleza completamente especial y autónoma, otros ven en él un derecho del contratante traspasado, en virtud de cesión o mandato, a la persona del tercero. El problema ha nacido del prejuicio común de que el derecho del tercero debe tener en todos los contratos a favor de tercero una misma naturaleza. La solución está dada por la existencia de ciertos contratos típicos para cuyo funcionamiento es necesario atribuir un derecho propio al tercero: p. ej., el seguro de vida. Todos los esfuerzos hechos para reducir en este caso el derecho del tercero al derecho del contratante han sido justamente criticados. En cambio, en otros casos, el derecho del tercero es el mismo del estipulante, por ejemplo un depósito con pacto de entrega a favor de tercero(127)(763).

En el derecho positivo italiano entonces vigente (art. 1128), comentado por Pacchioni, en los dos casos reconocidos de contrato a favor de terceros, la prestación proviene, como norma general, del patrimonio del estipulante(128)(764). En el Código de 1942 se dispone que, salvo pacto en contrario, el tercero adquiere el derecho contra el promitente por efecto de la estipulación(129)(765).

Idéntica distinción efectúa Larenz(130)(766), en cuanto a que son las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

circunstancias, especialmente la finalidad del contrato, las determinantes de la adquisición directa por el tercero del derecho a exigir la prestación(131)(767). En los seguros de vida, en los contratos de renta vitalicia, como en las prestaciones de carácter compensatorio con motivo de transmisiones universales, es normalmente clara la finalidad de previsión. No ocurre lo mismo en las donaciones modales, en que ese propósito no es necesario. El donante permitirá al tercero participar indirectamente de alguna forma de la donación y le querrá conceder una sólida posición jurídica. En general, se podrá decir que los derechos del tercero existirán según el sentido del contrato, y se podrán deducir de su contexto mediante la interpretación integradora(132)(768).

Por existir controversia en nuestro país en esta materia, hubo de dictarse la ley 3942 de seguros de vida, para sacar del alcance de los acreedores y herederos el monto del capital que debía pagarse al asegurado(133)(769). La actual ley de seguros N° 17418 establece en su artículo 143, segunda parte: "el tercero adquiere un derecho propio al tiempo de producirse el evento".

Bibiloni sigue al Código Civil alemán, cuyas ya indicadas disposiciones aplica en sus artículos 74 y 75 (adquisición directa en caso de duda); pero, dice en su comentario, del hecho de que el derecho se adquiere directamente, no se deduce que sea en el instante del contrato para todas las relaciones. Es lo que el artículo 75 dispone para los casos en que el beneficio depende de la muerte del estipulante, en que el tercero adquiere su derecho recién a partir del fallecimiento(134)(770).

Entendemos que no puede darse un principio general, pues el error está en pretender dar una solución uniforme a todos los casos y aplicaciones de estimulación a favor de terceros. Según sus particularidades y la voluntad de las partes, ya sea expresa o deducida de las circunstancias del contrato, se entenderá que la adquisición es directa o derivada del derecho del estipulante.

CAPÍTULO IV

Exigibilidad y cumplimiento: Conforme lo expresado en el capítulo anterior, el tercero, una vez aceptada la estipulación a su favor, se convierte en verdadero acreedor de la prestación. En consecuencia, se aplican los principios generales en cuanto al objeto debido y circunstancias de tiempo, personas y lugar de cumplimiento de la obligación.

Modos de extinción de las obligaciones: su aplicación a esta institución: Damos por reproducido lo antedicho, ya que también se aplican todas las disposiciones generales referidas al punto, sin variantes, pues nada se ha contemplado al respecto.

Revocabilidad del beneficio: También este derecho de revocación ha

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dado lugar a controversias y dificultades.

Conforme Dassen(135)(771), es un principio admitido por todos los autores y por los distintos códigos que el estipulante puede, con respecto al beneficiario, revocar la estipulación antes que ella haya sido aceptada, haciendo la salvedad del derecho alemán, donde todo queda librado a la voluntad de las partes y finalidad del contrato(136)(772).

Esta cuestión está vinculada con lo dicho respecto de la aceptación. El derecho es revocable en cualquier momento por el estipulante mientras por su parte el tercero no haya hecho la declaración que lo torna irrevocable(137)(773).

La revocación es un acto personal(138)(774)y unilateral(139)(775). El promitente no puede oponerse a ella, aunque nada obsta a que se haga por convenio de las partes que modifique el anterior. Nada se opone tampoco a que el estipulante renuncie en el acto constitutivo a su derecho a revocar el beneficio(140)(776).

Para Ripert - Boulanger esta cuestión no es tan simple, pues si bien en principio el derecho de revocación pertenece solamente al estipulante, ya que es quien ha tomado la iniciativa en esta situación y quien se interesa en el tercero y actúa en su favor, es posible que el promitente esté igualmente interesado en el mantenimiento del derecho del tercero. En estos casos el derecho del tercero no puede desaparecer más que por efecto de un entendimiento entre las dos partes.

Esta cuestión se plantea en las relaciones entre el estipulante y el tercero, ya que con el promitente existe un contrato que debe cumplirse por ambas partes(141)(777). Revocada la estipulación, el beneficio debecumplirse con el estipulante, porque al promitente le es indiferente con quién ha de cumplir(142)(778).

En tal caso, también, se entiende que pueden darse varias soluciones: a) prestación a favor del promitente; b) a favor del estipulante; c) a favor de otro tercero. Como principio general se admite, y ello no parece discutible, que el estipulante pueda disponer a su arbitrio sobre la suerte de la prestación (soluciones b y c antes mencionadas).

Pero pueden darse varias excepciones. Si en el contrato la persona del tercero ha sido causa de la obligación del promitente, es indudable que el contrato queda rescindido, porque la revocación la debieron formular ambas partes, a menos que ambos eligieran otro beneficiario.

Tampoco podría elegirse otro tercero cuando ello hiciere más gravosa la prestación o cuando la naturaleza de ésta se oponga al cambio de beneficiario(143)(779).

Para Colmo, ese derecho estipulado en beneficio del tercero es esencialmente revocable por el constituyente, mientras el tercero no lo haya aceptado (o ratificado, que en el fondo es lo mismo). a menos que el constituyente o estipulante haya convenido lo contrario con el promitente, pues ello sería de derecho común, es decir, disponible por las partes en la convención(144)(780).

Este momento de la aceptación es definitorio para la adquisición del derecho del tercero, pues entonces forma parte de los contratantes y el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

acto es ley para todos ellos(145)(781).

Giorgi afirma que la estipulación no vincula al tercero ni lo aprovecha sino en cuanto acceda a ella. Si la estipulación ofrece al tercero una ventaja, ¿se puede quitar sin que lo sepa? Los jurisconsultos se dividían. Por una parte se recurría a la máxima de que toda obligación puede disolverse de la misma manera que se contrató; esto es con la reunión de las voluntades que concurrieron a su formación; por otra, se decía que cuando la estipulación hecha por un tercero le es ventajosa, es ésta una especie de donación fideicomisaria que recibe su complemento con la reunión de la voluntad del que estipula y del que se obliga(146)(782).

Históricamente parece que en sus orígenes la estipulación a favor de tercero hubiera sido irrevocable. Pothier, que razonaba en base al caso de la donación, acto irrevocable por naturaleza, se decidía por la irrevocabilidad y ese principio había triunfado en la ordenanza de agosto de 1747, sobre las sustituciones (arts. 11 y 12). Para Dassen(147)(783), Pothier no se decide ni por una ni por otra teoría, pese a que los autores lo citan como pronunciándose por la irrevocabilidad(148)(784) y la revocabilidad(149)(785). Según Giorgi, se inclina por la irrevocabilidad(150)(786).

La redacción del Código Civil francés ha dado, pues, una revancha a los partidarios de la facultad de revocación(151)(787). Nuestro Código también la admite, en el artículo 504, lo mismo que el antiguo Código Civil italiano(152)(788).

Comentando este último ordenamiento, Pacchioni dice que no puede el estipulante revocarla si el tercero ha manifestado su voluntad de aprovecharse de ella, en todo lo cual coincide con los autores anteriormente citados. En el mismo sentido legisla nuestro Código Civil.

Pero Pacchioni se pregunta si pueden pactar las partes 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 artículo 1128, 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. Contesta que la doctrina responde afirmativamente, pues el legislador se ha inspirado puramente en la voluntad presumible de las partes contratantes. Se trata pues de una regla de interpretación que vale hasta tanto se demuestre la voluntad contraria. Pacchioni está de acuerdo en cuanto a las primeras dos cuestiones, pero no respecto de la tercera, es decir de la posibilidad de revocar aun después de la declaración del tercero. Cuando la ley determina los efectos de una cierta categoría de contratos a favor de terceros, reconocidos por ella excepcionalmente, no interpreta simplemente la voluntad de las partes, sino que fija los principios a los que ella debe someterse. Si ella dispone que el estipulante puede revocar antes que el tercero declare su voluntad de aceptar, 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 artículo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1128(153)(789). Borda también admite que la respuesta a esta pregunta debe ser negativa(154)(790). Manifiesta que la solución resulta muy clara en el supuesto de que la estipulación fuera onerosa, pues sería en el fondo una dación en pago, que una vez aceptada deviene irrevocable. Y piensa que la misma solución debe admitirse en el supuesto de que la estipulación importe una liberalidad. En efecto, le parece aplicable analógicamente al caso la regla que veda al donante revocar las donaciones sin una causa legal.

En el derecho alemán aunque el tercero adquiriera directamente el derecho, su adquisición no es necesariamente definitiva, sino que aun en este caso las partes contratantes pueden reservarse la facultad de "modificar o suprimir el derecho del tercero sin consentimiento de éste"(155)(791). Por otra parte, la interpretación del contrato nos dirá cuándo ha tenido lugar dicha reserva. En tanto otra cosa no se haya estipulado, el promisionario puede exigir del deudor el cumplimiento de la prestación a favor del tercero, cuando éste haya adquirido ya el derecho que el contrato le confiere(156)(792),

También se relaciona con este tema el párrafo 332 del citado Código, cuando establece que si el estipulante se ha reservado la facultad de poder subrogar a otra persona sin necesidad de asentimiento del promitente, al tercero designado en el contrato, esa subrogación puede producirse por una disposición testamentaria. En forma similar regula el caso el artículo 1347 del Código Civil peruano de 1936.

Bibiloni en su anteproyecto, artículo 76, establece que "los contratantes pueden reservarse la facultad de revocar la estipulación en favor del tercero y de sustituir otro en su lugar o concederla al estipulante (esa facultad) sin acuerdo del promitente". En su comentario manifiesta basarse en el derecho alemán, para el cual rige el principio de que el contrato es determinante de la naturaleza y extensión de 103 derechos estipulados a favor de terceros, por lo que se deduce implícitamente el de crearlos con carácter revocable. El estipulante sólo puede efectuar esta revocación siempre que se haya reservado esa facultad, que es presunta por la ley propuesta por el autor(157)(793).

Sin embargo, ha de tenerse presente que, si como muchos autores pretenden que el tercero adquiere directa e inmediatamente del contrato el derecho a obtener la prestación, ¿de dónde surge entonces esa facultad de revocar la estipulación? Porque es principio recibido que un derecho no puede modificarse sin la manifestación de voluntad de su titular, el beneficiario. Se ha intentado explicar esta circunstancia peculiar por la mayor razonabilidad o conformidad con la intención - presunta - de las partes. Suponen que el estipulante, consintiendo un sacrificio que ha de beneficiar a un tercero, se reserva la facultad de ordenar otra atribución o designación del tercero si las circunstancias de hecho llegan a modificarse(158)(794). Otro fundamento, o más bien explicación, es que la voluntad de las partes que concurrieron a la formación del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

negocio, ha podido crearlo con los caracteres y limitaciones que pudieron parecerles convenientes, y, por ello, pudieron crearlo revocable(159)(795).

En nuestra opinión, y prescindiendo del argumento simplista de que es la propia ley la que otorga, en el artículo 504 del Código Civil, la facultad de revocar el beneficio antes de la notificación de la aceptación, corresponde repetir aquí los conceptos vertidos con anterioridad. No es atinado sentar un principio general inmutable y único para toda clase de estipulaciones a favor de terceros, en el sentido de su revocabilidad o irrevocabilidad. En su sentido y finalidad ha de buscarse la intención de las partes de reservarse esa facultad de revocación(160)(796).

Otra cuestión importante a examinar es la de la persona a quien pertenece la facultad de revocación, que en términos generales no sediscute. Como principio general, hay acuerdo en que pertenece al estipulante(161)(797), admitiéndose que en situaciones especiales no basta su sola voluntad sino que es necesaria también la concurrencia del asentimiento del promitente, cuando éste pueda tener algún interés en efectuar la prestación al beneficiario designado(162)(798), Otros autores entienden que esta noción del interés parece vaga y aconsejan su rechazo. El interés del promitente en efectuar la prestación al tercero puede ser de muy variada naturaleza e intensidad según cada caso particular, siendo necesario dar a los intérpretes, abogados o jueces, un criterio más firme y seguro. Esa firmeza se obtiene si se acude a la noción de causa: cuando la designación del tercero haya sido causa y por lo tanto finalidad del contrato para el promitente, es lógico y jurídico que el estipulante no pueda, por sí mismo, cambiar el beneficiario, pues de ser así, la obligación del promitente quedaría sin efecto por falta de causa(163)(799). Para quienes no aceptan el principio de la causa - fin como elemento esencial de los actos jurídicos, otra solución es la propuesta por Colin y Capitant(164)(800)el derecho de revocar la estipulación pertenece en principio al estipulante, salvo que en el contrato se haya convenido que tal derecho se ejerza por ambos contratantes.

En nuestra opinión, la solución de estos prestigiosos autores es demasiado estricta. Entendemos con Dassen que la noción de causa - fin es la adecuada para determinar en qué situaciones el promitente ha de considerarse con derecho a intervenir en un posible cambio de beneficiario de la estipulación. En ella se encuentra comprendido también el interés, puesto que es éste el propósito o finalidad determinante de la concreción del negocio jurídico, es decir, la causa - fin de aquél.

Tampoco existe acuerdo en los autores acerca de la transmisión mortis causa de la facultad de revocación. Colin y Capitant sostienen que no se comprendería que esa facultad pudiera ser ejercida por los herederos del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

estipulante, desde que éste ha muerto sin revocar el beneficio. Se trataría de una manifestación de voluntad definitiva de dejar a éste la prestación. No ha de olvidarse que la estipulación a favor de tercero es casi siempre hecha para asegurar la suerte de este tercero; es determinada por intereses, en muchos casos por afectos o agradecimiento, que pueden no encontrarse en los herederos.

Otros propician la opinión contraria, en forma general o admitiéndola exclusivamente como principio general y rechazándola en materia de seguros de vida a favor de una persona determinada, basándose en la interpretación presunta de la voluntad de las partes(165)(801).

Bibiloni en el artículo 75 del anteproyecto(166)(802)entiende que el derecho queda irrevocablemente adquirido cuando la prestación debehacerse después de la muerte del estipulante, luego de producido este hecho, y la facultad de revocarla, por consiguiente, no pasa a los acreedores o herederos.

Ripert - Boulanger, siguiendo a Planiol(167)(803), entienden que el criterio general del traspaso de la facultad a los herederos crea un riesgo considerable para la suerte de la estipulación, porque los herederos habitualmente estarán menos dispuestos que el difunto a sostener el beneficio del tercero, en quien tal vez no se interesen en absoluto.

Pacchioni, luego de reseñar las opiniones divergentes de los autores, sostiene que es preciso distinguir caso por caso. Para ciertos contratos típicos, como el seguro de vida, es absolutamente necesario negar que el derecho a revocar del estipulante muerto pase a sus herederos, pues de lo contrario quedarían frustrados los fines perseguidos en el contrato. Pero ocurre lo contrario en otros contratos a favor de terceros, en que la facultad o derecho de revocación tiene exclusivamente carácter patrimonial. Como todos los derechos y obligaciones de esta clase, la facultad se transmitiría a los herederos. En cambio, si la prestación no tiene un propio y verdadero valor pecuniario, el derecho a revocar se extingue por la muerte del estipulante.

Busso entiende que se trata de una facultad personalísima del estipulante, que no podría ser ejercida por los acreedores o herederos(168)(804).

Entendemos que la cuestión debe resolverse de acuerdo con los principios generales establecidos en la ley para la transmisión hereditaria(169)(805). En otras palabras, como por la sucesión por causa de muerte se transmiten los derechos y obligaciones de carácter patrimonial y no las de índole personalísima o extrapatrimonial, según sea la naturaleza y fines de la estipulación y su contenido económico, deberá resolverse esta cuestión de la transmisión a los herederos de la facultad de revocar el beneficio.

Designación del beneficiario: Pueden ser designados terceros todas las personas capaces de recibir a título oneroso o gratuito(170)(806).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En general se admite que no es necesario que se individualice con absoluta precisión la persona del tercero en el momento de formalizarse el contrato y que aun pueden serlo las personas futuras, con tal que su determinación y capacidad de hecho o de derecho pueda ser verificada en el momento en que haya de hacerse efectiva la prestación(171)(807). Puede darse también el caso de que el estipulante se reserve la facultad de designar el beneficiario por su sola declaración unilateral, sin la concurrencia del consentimiento del obligado o promitente(172)(808) y que esta designación se produzca por medio de una cláusula testamentaria. Por supuesto que en la práctica será necesaria la notificación al promitente a fin de no crear un deplorable estado de incertidumbre jurídica, ya que éste no tendría conocimiento de la persona a quien deberá satisfacer la obligación(173)(809).

La designación de personas futuras o indeterminadas ha dado lugar a muchas cuestiones, por lo que corresponde aclarar los términos. Personas indeterminadas son aquéllas que, a pesar de su existencia actual, no se han individualizado en el contrato. Futuras son las no concebidas (persona física o individual) o no creadas al momento de formarse la convención (colectivas o jurídicas).

Con relación a las primeras, al analizar la naturaleza jurídica de la estipulación hemos llegado a la conclusión de que no se trataba de una oferta, en el sentido de los artículos 1144 y 1148 del Código Civil; por lo tanto, no ha de pretenderse que se dirija inexcusablemente a persona o personas determinadas. Esas disposiciones se aplican sólo en la relación entre estipulante y promitente.

La determinación del beneficiario, pues, ha de entenderse referida más bien al objeto y cumplimiento de la prestación que a la celebración del contrato. Por ello, no existe óbice legal o jurídico de ninguna naturaleza para apartarse de las reglas que gobiernan la determinación de la persona de los contratantes. Siendo así, basta que la convención indique los elementos suficientes que permitan determinar al promitente, llegado el caso, a favor de quien debe cumplir con su obligación(174)(810). En tal sentido, reiteradamente se ha acordado validez a ciertas cláusulas como el seguro por cuenta de quien corresponda, muy usado en transportes marítimos y terrestres; el seguro de accidentes de trabajo o el seguro a favor de los herederos, o el cargo de distribuir una suma de dinero a los pobres de la comuna, entendiéndose por tales los de la residencia del estipulante, que tendrían su representante legal en la Sociedad de Beneficencia o en la Municipalidad(175)(811).

Con relación a las personas futuras, en materia de donación se tropieza con la disposición prohibitiva del artículo 1806 del Código Civil, que la impide a toda persona que no exista civil o naturalmente. Pero entendemos con Dassen que no corresponde extender analógicamente esta solución a la estipulación a favor de terceros, salvo en el supuesto de que se trate de una verdadera donación al beneficiario, por imperio de la expresa previsión legal.

En efecto, esa solución, consagrada constantemente por la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jurisprudencia francesa, ha llevado a situaciones de desigualdad o injusticia notorias. Por ejemplo, en un seguro de vida contratado a favor de los hijos vivos, que gozarían de un derecho propio e independiente de la sucesión, libre de las cargas y obligaciones que gravan el patrimonio del difunto. Si después del contrato nacen nuevos hijos y el estipulante omite incluirlos entre los beneficiarios, se anula la voluntad del contratante.

La solución es errada porque las normas de la donación no tienen por qué aplicarse a la estipulación en favor de tercero. Por otro lado, el no concebido es incapaz de recibir entre vivos o por cualquier otra causa.

Pero en la estipulación a favor de tercero, éste no adquiere inmediatamente sus derechos en todos los casos. En algunos los recibe a la muerte del estipulante, por ejemplo en los seguros de vida. Esa determinación depende de las circunstancias particulares de cada caso y en especial de la voluntad de las partes. En este supuesto, la persona no concebida no puede adquirir ningún derecho, y mientras ese hecho jurídico no se produce, el estipulante tiene plena libertad de acción para cambiar de beneficiario o agregar otras personas, sin perjuicio de la validez del contrato entre estipulante y promitente, porque reúne todos los elementos como tal.

Con relación al tercero beneficiario, que no es parte en el contrato, no rigen las normas sobre capacidad de las personas para contratar, precisamente por esa razón de no haber contribuido a su formación. En nuestro caso el contrato se celebra entre dos personas capaces, nada le falta para su validez. No importa para ello que la persona a quien se deba entregar la prestación no esté concebida; lo importante es que en el momento de cumplirse aquélla la persona exista y tenga capacidad de derecho para recibirla, por sí, si es capaz de hecho, o por medio de su representante legal en caso contrario. La tesis opuesta, según Dassen, es el resultado de aplicar a una institución con fundamento propio, normas legales dictadas con relación a otra con fundamento distinto(176)(812).

Por supuesto que ante lo dispuesto por el artículo ya citado, 1806 del Código Civil y 64 del mismo cuerpo legal, no existe impedimento alguno para designar beneficiario a un nasciturus o persona por nacer, ya concebida, o a personas colectivas con el propósito de concurrir a su creación.

Acciones en caso de incumplimiento: Al tratar las relaciones entre las tres personas o partes intervinientes en la estipulación a favor de tercero, se han analizado en forma circunstanciada cada una de las acciones que a ellos les corresponden en orden a la protección de sus derechos(177)(813).

Defensas o excepciones oponibles: Hemos dicho con anterioridad que con prescindencia de lo dispuesto por el codificador en el artículo 1829 del Código Civil, con relación a la carencia de acción por el donante para

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

exigir el cumplimiento de los cargos establecidos a favor de terceros, no correspondía extender esa estrecha concepción a supuestos no previstos por la ley. Tanto el tercero, como verdadero acreedor de la obligación o prestación estipulada, como el estipulante, por el hecho de haber concurrido a la formación del contrato o negocio jurídico, deben tener acción para reclamar el cumplimiento de la prestación(178)(814).

Queda por examinar, pues, la cuestión referente a las defensas que puede oponer el obligado frente a cualquiera de esas acciones por cumplimiento.

En ese orden de ideas, corresponde puntualizar que aun cuando el derecho nace directamente a favor del tercero, es decir, sin pasar por el patrimonio del estipulante, su origen o causa deriva del contrato celebrado entre promitente y estipulante. De ahí que se le permita oponer todas las excepciones que podría oponer contra el estipulante, es decir las emergentes del contrato, aun frente a la acción del tercero beneficiario(179)(815). Podría invocar la nulidad o anulabilidad del negocio jurídico, por razón de su incapacidad de hecho o por haber mediado alguno de los vicios del consentimiento legislados por el Código, que vierta al acto en nulo de nulidad relativa o anulable, según el caso; también podría invocar esa nulidad cuando la estipulación a favor de tercero encubriera un pacto sobre herencia futura(180)(816).

Igualmente, podría oponer las defensas propias del contrato, como la exceptio non adimpleti contractus o la exceptio non rite adimpleti contractus (art. 1201, Cód. Civil) o invocar la resolución por incumplimiento, legislada en el artículo 1204 del Código Civil. Podría arrepentirse, si hubiera entregado una seña o "arras", en las condiciones previstas en el artículo 1202 del mismo cuerpo legal, siempre que no mediara mora o principio de ejecución del contrato. Aun cuando este punto está sometido a discusión, porque el tercero no se encuentra al tanto de las obligaciones asumidas por el estipulante y, por ello, no debería sufrir las consecuencias del incumplimiento. Sin embargo, debe observarse que el promitente se obligó en vista de la contraprestación del estipulante y no es razonable condenarlo a satisfacer la obligación al tercero beneficiario si no ha recibido lo que le correspondía(181)(817). Además, de acuerdo con el texto legal vigente, el beneficiario debe exteriorizar su aceptación para hacer irrevocable la estipulación en su favor, lo que indica que con su adhesión ha tomado conocimiento de las alternativas que puede sufrir su derecho frente al promitente y que estará a las resultas de la suerte de la convención, incluso a la de su extinción por cualquiera de los medios o hechos y actos jurídicos previstos en la ley.

Idéntica o análoga solución propone sobre el punto Larenz(182)(818), en orden a lo dispuesto por el párrafo 334 del Código alemán: "las excepciones que se deriven del contrato corresponden al promitente también frente al tercero". En cambio, no puede oponer, a juicio del mismo autor, ninguna relación fundada en la relación de atribución patrimonial o de valuta entre el estipulante y el tercero.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Las mismas conclusiones se desprenden de la obra de Dassen, que fuera citada reiteradamente en el curso de este trabajo(183)(819).

Pacchioni también propicia este criterio sobre la oponibilidad de todas las excepciones fundadas en el contrato del estipulante y el promitente, sobre el que tiene su base el derecho del tercero(184)(820). Las dudas se presentan con relación a la posibilidad de que el promitente oponga la compensación de un crédito personal que tenga contra el estipulante. La generalidad de la doctrina sustenta la tesis negativa, sobre la base de una premisa que Pacchioni entiende no aplicable al derecho italiano: que el tercero adquiere un derecho suyo propio que surge directamente en su persona y no es derivado del patrimonio del estipulante. Entendemos que tal es la tesis corriente, porque de lo contrario las partes en el contrato podrían confabularse para revocar el beneficio aun después que lo hizo irrevocable la adhesión del tercero. Entendemos que las defensas oponibles son exclusivamente las del contrato y no otras que el promitente pueda tener contra el estipulante.

Tal es el criterio que ha imperado en la legislación comparada, por lo menos en los códigos más modernos, como en el caso del ya citado párrafo 334 del Código alemán; art. 1035, Proyecto de Código Civil húngaro; art. 539 del Código Civil japonés, y la que ha sido propiciada por Bibiloni, en el artículo 78 del anteproyecto; Código italiano de 1949, art. 1413.

Es interesante el caso de la compensación en cuanto a si, demandado el promitente por el estipulante, puede oponer la relacionada con un crédito que tenga contra el tercero; Pacchioni contesta en forma negativa, por cuanto 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(185)(821).

En nuestro concepto, el promitente también puede oponer las excepciones o defensas personales que tenga contra el tercero beneficiario, como la compensación, siempre y cuando se reúnan los requisitos establecidos por la ley para cada una de las defensas. Ello es así porque en la relación entre ellas, son acreedor y deudor de la obligación. Nada obsta a que se admitan esas defensas personales.

CAPÍTULO V

Efectos de la quiebra: a) Del estipulante: Los efectos de la quiebra o concurso con relación a la estipulación a favor de tercero, se deben analizar en orden a los principios generales ya expuestos, toda vez que según el criterio que se adopte en cuanto a la naturaleza jurídica de la estipulación y la consiguiente del derecho del tercero, es decir, según se considere que adquiere la prestación en forma directa o derivada del patrimonio del estipulante, diferente será la solución a este interrogante. Ya hemos advertido sobre los inconvenientes que presentaba la doctrina

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

clásica, sea la de la oferta y sus variantes, de la gestión de negocios etcétera, examinadas en el capítulo II de este trabajo, con relación a este supuesto. Como en ellas el derecho del tercero es derivado del patrimonio del estipulante, debe sufrir las consecuencias de la quiebra o concurso como cualquier otro acreedor(186)(822).

Si, por el contrario, admitimos que la adquisición del derecho de] tercero se produce en forma inmediata, como principio general, según lo propicia la mayoría de la doctrina, es obvio poner de manifiesto que, no habiendo entrado la prestación en el patrimonio del estipulante, prenda común de sus acreedores, su quiebra o concurso no produce efecto alguno con relación al tercero beneficiario. De ese modo se consulta una necesidad imprescindible, pues si la muerte o incapacidad desvanece la oferta contractual, en materia de previsión, de asegurar a la propia familia o a amigos para el día en que desaparezca el jefe de la familia, ya no se cumpliría el objetivo de la institución. Es necesario que la muerte o la insolvencia no destruyan la posibilidad contemplada en el contrato(187)(823).

Este criterio ha sido adoptado por el párrafo 328, 1ª parte, del Código alemán, seguido en el artículo 71 por el anteproyecto de Biliboni; por el artículo 128 del Código Civil Suizo de las Obligaciones; por el artículo 139 del proyecto de revisión del Código Civil de Austria(188)(824); por el art. 1027 del proyecto de Código Civil General húngaro; por el artículo 537 del Código Civil del Japón, en cuanto autoriza al tercero a exigir "directamente" al obligado su cumplimiento; por el artículo 45 del proyecto de Código de las Obligaciones y de los Contratos, París, aprobado en el año 1927 y en Roma, año 1928; finalmente, por el artículo 1411, Código Civil italiano de 1942.

El mismo propósito se intenta con la atribución de carácter retroactivo a la aceptación por el tercero, según los fallos citados en capítulos anteriores.

El artículo 147 de la ley 17418 establece expresamente en materia de seguros que la quiebra o concurso civil del asegurado no afecta al contrato de seguro y que los acreedores sólo pueden hacer valer sus derechos sobre los créditos a favor del fallido.

Por supuesto que este principio general, ante el silencio de la ley, no puede resultar aplicable sino a los casos generales y no con relación a aquéllos en que la naturaleza y contexto del acuerdo de voluntades indique que la prestación a favor del tercero debió pasar necesariamente por el patrimonio del estipulante(189)(825).

También debe tenerse presente que esa conclusión general no empece al progreso de acciones, como las de simulación o fraude, que en muchos casos sirven a los acreedores o a la masa para preservar la integridad del patrimonio de su deudor contra actos jurídicos ficticios o celebrados para evitar la ejecución compulsiva de sus créditos(190)(826).

b) Del beneficiario: Sabido es que, según lo expuesto anteriormente, el tercero a cuyo favor se estipuló la prestación se convierte en el verdadero

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

acreedor de la obligación y, por lo tanto, las acciones de cumplimiento que le competen podrán ser ejercidas por la masa de acreedores, representada por el síndico de la quiebra(191)(827).

Resulta más dificultoso determinar si, con anterioridad a la manifestación de voluntad de aceptar el beneficio, los acreedores o la masa representados por el síndico, pueden actuar por vía de la acción oblicua o en consecuencia del desapoderamiento que significa la declaración de concurso. Entendemos que la aceptación del beneficio es, en principio, un acto personalísimo que no puede ser ejercido sino por el beneficiario de la prestación(192)(828). Ello salvo que la relación jurídica tenga un contenido exclusivamente patrimonial, en cuyo caso creemos que no existe inconveniente en aceptar la intervención de los acreedores por vía de la acción subrogatoria u oblicua(193)(829).

Del promitente: El promitente constituye en la relación jurídica, según se ha visto, el reverso de la medalla del tercero beneficiario, es decir, es nada menos que el deudor de la prestación, que debe satisfacer al acreedor. Es el tercero quien, en este caso, concurrirá en definitiva a la masa a percibir su crédito, a prorrata si fuera quirografario o con el privilegio que se le haya acordado o que se origine en la ley(194)(830).

Efectos de la muerte: a) Del estipulante: Ya nos hemos referido al principio general de la intransmisibilidad de la facultad de revocar el beneficio que, en consecuencia, no se extiende a los acreedores o herederos del estipulante. Por lógica consecuencia, su muerte no ha de producir, salvo situaciones especiales ningún efecto sobre el beneficio del tercero, haya éste aceptado o no la estipulación(195)(831). No es admisible que los herederos se encuentren en el dilema entre su deber, cumplir, y su interés, revocar el beneficio.

b) Del beneficiario: También se ha hecho referencia anterior al carácter personalísimo del derecho o facultad de aceptar del tercero beneficiario(196)(832), aun cuando se sostiene que, salvo que se trate de un beneficio o servicio personal, la prestación puede ser aceptada por los herederos(197)(833).

c) Del promitente: Tratándose del deudor de la prestación, su fallecimiento no modifica la situación del beneficiario, toda vez que éste podrá dirigirse contra sus herederos. Ello, salvo que la prestación consista en un hecho personal del promitente, como por ejemplo la realización de un cuadro por un artista o cuando la muerte produzca la imposibilidad inculpable de cumplimiento por los herederos(198)(834).

CAPÍTULO VI

Conclusiones: Luego de esta somera aproximación a la naturaleza y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

efectos de esta peculiar institución, corresponde cristalizar las notas esenciales que se derivan de su estudio.

Desde un primer examen se advierte la insuficiencia del texto legal vigente, el artículo 504 del Código Civil, ante el desarrollo de la estipulación a favor de tercero; y por ello, de acuerdo con los principios acogidos en el curso de la exposición, debe concluirse sobre la urgencia de una modificación de la legislación que, además de reubicar el texto legal adecuadamente o, más bien, de los posibles textos legales, sea en el libro 2º, sección segunda, título II, "de los actos jurídicos", o, por lo menos, en el mismo libro, sección tercera, título I, capítulo VI, "Del efecto de los contratos", para incluir en la reglamentación las notas esenciales o básicas de la institución, que ahora están absolutamente deferidas al intérprete, con la consecuencia inevitable de un amplio margen de inseguridad sobre la validez y vigencia del derecho del tercero.

En primer lugar, si el contrato o estipulación a favor de terceros es ajeno a toda idea de representación o a la figura de la oferta contractual (véase el capítulo II, "naturaleza jurídica"), la primera previsión de esa posible reforma ha de consagrar la adquisición directa del beneficiario de su derecho, que no pasa por el patrimonio del estipulante. (Códigos alemán e italiano de 1942, citados en el texto.)

Pero adquisición directa no es lo mismo que adquisición inmediata. Antes se ha dicho, en el capítulo III ("nacimiento del derecho del tercero"), que no es imaginable que un derecho nazca y se coloque en cabeza de su titular con total y absoluta prescindencia de su manifestación de voluntad, que dada ulteriormente sólo tendría carácter confirmativo sería una renuncia del derecho de renunciar. Por ello, su aceptación o adhesión al acuerdo de voluntades debe tener carácter constitutivo, como atinadamente se ha dispuesto en el Código Civil japonés. El derecho del tercero nace y deviene exigible recién con su aceptación.

De ahí que también debe reservarse a los contratantes la facultad de revocar el beneficio hasta el momento en que el beneficiario manifieste su voluntad de aprovechar la estipulación, mediante la referida aceptación o adhesión y su consiguiente notificación a las dos partes en el contrato. Como principio general, tal facultad debe considerarse como propia del estipulante, salvo que se hubiera convenido que también debe mediar el acuerdo del promitente para la revocación o designación de otro beneficiario, facultad que se sobrentiende cuando la designación del tercero ha sido la causa - fin o motivo concreto y determinante que lo llevó a formalizar el acuerdo de voluntades.

Debe preverse, además, que en el supuesto de prestaciones a cumplirse después de fallecido el estipulante, el derecho de modificación, revocación o cambio de beneficiario sólo podrá hacerse efectivo hasta la muerte de aquél y que no se transmite a los herederos, salvo que otra cosa se disponga en la convención. Tampoco debe transmitirse a los herederos, en general, el derecho de aceptar por el beneficiario, salvo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que se trate de cuestiones meramente patrimoniales, en que rigen las disposiciones generales sobre transmisión hereditaria, lo mismo que para la revocación (véase capítulo IV, "revocabilidad del beneficio"). Finalmente, y siguiendo las mismas pautas indicadoras (tomadas de los códigos alemán, italiano de 1942 y japonés, esencialmente), debe preverse que el promitente no puede oponer otras excepciones que las fundadas en el contrato del que deriva el derecho del tercero y aquéllas que pudiera tener personalmente contra él, como la compensación. De ninguna manera podrá admitirse que plantee defensas fundadas en relaciones jurídicas que pudiera tener con el estipulante. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio del carácter supletorio de las normas sobre la institución, de las que las partes podrán apartarse, regulando sus relaciones (art. 1197, Cód. Civil).