

¿En qué momento el tercero beneficiario adquiere el derecho en el contrato a favor de tercero?

Comisión de Investigaciones

Jorge Luis Abarca García*

1. Presentación

Tradicionalmente se afirma que la fuerza vinculante de todo contrato está referida exclusivamente a las partes que lo celebran. De tal aseveración podemos, en principio, concluir dos cosas: La primera, que por decisión unilateral de una parte, esta puede modificar su esfera jurídica pero no puede afectar la esfera jurídica de los terceros. La segunda, que las partes, y solamente ellas, quedan vinculadas jurídicamente por el contrato, sin que puedan prevenir efectos dirigidos a influir en el patrimonio de un tercero¹.

Esta regla es el principio de la relatividad de los efectos del contrato, principio que tiene su origen en el Derecho romano y que sigue vigente en la actualidad. Nuestro Código Civil lo tiene contemplado en el artículo 1363.

Sin embargo, dicho principio no se ha mantenido al margen de los cambios sociales y económicos. Pues si bien en el Derecho romano fue considerado como un principio absoluto, ahora en la actualidad sufre algunas excepciones.

El contrato a favor de tercero es una de ellas. Por medio de este contrato se posibilita a una parte, que tiene interés en él (estipulante), convenir con la contraparte (promitente) para atribuirle a un tercero (beneficiario) un derecho frente a este último².

Piénsese en la siguiente hipótesis: Un padre decide estipular un seguro de vida a favor de su hijo. Para lograr tal fin, el padre celebra un contrato de seguro con una aseguradora que asume el compromiso de pagar el monto del seguro al hijo en caso de que el padre fallezca. El padre es el estipulante, la aseguradora es el promitente, el hijo es el tercero beneficiario del contrato de seguro a favor de tercero³.

Pero ¿desde cuándo el tercero adquiere el beneficio?

Tal vez podría ser desde que este declare aceptar el beneficio que le otorga el contrato, quizás

desde la celebración del contrato de seguro o, tal vez, se puede pensar que la aceptación sólo importa para efectos de hacer exigible la prestación, debida por el promitente, dado que el beneficio ya ingresó en su esfera jurídica por la celebración del contrato.

Nuestro Código Civil dispone en su artículo 1458 que “el derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. Empero, será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible, operando esta declaración retroactivamente.”

Se podría pensar que el tercero adquiere el derecho desde la celebración del contrato puesto que el mismo artículo dice que el derecho surge de manera directa e inmediata.

Nada más alejado de la realidad. Como se verá más adelante este artículo peca de incoherente al tratar de mezclar dos posturas doctrinarias incompatibles.

La importancia de este trabajo no sólo radica en resaltar la incoherencia mencionada, sino en tratar de darle una solución.

2. El Contrato en general

Creemos que es conveniente, a modo de introducción a nuestro tema, dar algunas referencias sobre la ubicación del contrato en la categoría general de los hechos jurídicos. De ese modo, también, determinar los conceptos o términos que vamos a emplear a lo largo de este trabajo.

2.1. El contrato como subespecie del negocio jurídico en la clasificación de los hechos jurídicos

Empezamos por definir, primero, a los hechos jurídicos. Los hechos jurídicos no son más que acontecimientos de la realidad que están previstos en las normas jurídicas y que eventualmente tienden a generar o producir efectos jurídicos⁴.

* Agradecemos la colaboración del alumno Walter Vásquez en la revisión de algunos aspectos vinculados con el presente artículo. Sin embargo, el autor asume exclusiva responsabilidad sobre los contenidos de éste. Asimismo, agradecemos la gentil colaboración dada por el asociado Luis Enrique Landauri Paredes.

1 BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI, Luna; NATOLI, Ugo; y BUSNELLI, Francesco, “Derecho civil”, traducción de Fernando Hines-trosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, Tomo I, volumen 2, p. 1010.

2 BRECCIA, Umberto, et. al., op. cit., p. 1013.

3 Loc. cit.

4 Decimos que “eventualmente tienden a generar efectos” dado que no todo hecho jurídico genera, necesariamente, efectos jurídicos. Tal como lo indica Rómulo Morales: en la promesa de matrimonio, el incumplimiento del promitente no le obliga a contraer nupcias. MORALES, Rómulo “Hechos y actos jurídicos” en Foro Jurídico número 9 (por publicar).

Nótese, que para explicar la idea de hecho jurídico se ha tenido en cuenta las nociones del hecho que ha nacido de la realidad, el hecho que ha sido tipificado en la norma jurídica de forma hipotética y el efecto jurídico que es la consecuencia jurídica que la norma dicta ante la hipotética concurrencia del supuesto de hecho⁵.

Ahora bien, los hechos jurídicos han sido clasificado de varias maneras, para fines de esta parte sólo veremos la clasificación tradicional y la que nosotros emplearemos en este trabajo.

La clasificación tradicional estaba estructurada en función de la relevancia de la voluntad⁶ del sujeto en la producción de efectos jurídicos. De ese modo, podemos encontrar:

- a) Hechos jurídicos en sentido estricto.- en donde resulta irrelevante la voluntad tanto para la creación del acto como para la producción de sus efectos.
- b) Actos jurídicos en sentido estricto.- en donde resulta relevante la voluntad del acto en su creación pero resulta irrelevante para la producción de efectos.
- c) Actos de autonomía privada o negocio jurídico.- en donde resulta relevante la voluntad tanto al momento de creación del acto como al momento de producción de sus efectos⁷.

De ese modo, en el primer caso, los efectos jurídicos se producen por la irrelevancia de la voluntad o por el acontecimiento de un hecho material; en el segundo caso, importa la declaración de voluntad del sujeto sin embargo, el efecto jurídico no toma en cuenta ésta; y en el tercer caso, importa la declaración de voluntad así como la voluntad final del sujeto.

Obviamente, el negocio jurídico está ubicado entre los actos en donde la creación del acto y sus efectos son queridos por el sujeto. Como ejemplo de esta definición de negocio jurídico tenemos el artículo 140 del CC⁸ que indica que por la sola

declaración del sujeto se producen los efectos jurídicos.

Esta clasificación fue criticada ampliamente por la doctrina, por los siguientes motivos:

En primer lugar, en los negocios jurídicos no todos los sujetos conocen y quieren los efectos jurídicos, ya que, cuando uno celebra un negocio jurídico lo que busca es un resultado práctico o económico⁹.

En segundo lugar, si bien la declaración de voluntad es un elemento importante, no es el único elemento del negocio jurídico. Las partes, el objeto, la causa y la formalidad obligatoria, son también elementos de validez del negocio jurídico. De modo distinto, si consideramos al negocio jurídico como supuesto de hecho, la declaración de voluntad no es más que un componente del supuesto, tal vez el más importante, pero nunca el único.

En tercer lugar, para la concretización de los efectos jurídicos no sólo se necesita la voluntad final sino la compatibilización por parte del ordenamiento del reglamento negocial. Por la sola declaración de voluntad no se producen los efectos jurídicos, dado que es el ordenamiento jurídico el que da fundamento a estos al momento de valorarlos.

Actualmente, la clasificación de los hechos jurídicos está hecha en función del interés¹⁰. De este modo, tenemos:

Hechos jurídicos en sentido estricto, en estos hechos la norma jurídica sólo toma en consideración el acontecimiento natural o humano sin considerar la voluntad del sujeto.

Actos jurídicos en sentido estricto, en estos actos existe declaración de voluntad por parte del sujeto, pero es la ley la que dispone y determina los efectos. En estos actos los particulares no tienen la posibilidad de reglamentar sus intereses, ya que, no tienen autonomía privada, el acto que se ha generado no tiene capacidad normativa, es la ley la que impone las consecuencias jurídicas¹¹.

Actos de autonomía privada, en estos actos se ejercita (siguiendo a la profesora Emanuela

Artículo 239.- La promesa recíproca de matrimonio no genera obligación legal de contraerlo, ni de ajustarse a lo estipulado para el caso de incumplimiento de la misma.

- 5 Estos términos han sido señalados por el profesor Rómulo Morales cuando menciona que existen cinco conceptos diferentes cuando se estudia la relación entre la norma jurídica y la realidad. Tres de ellos son el hecho concreto que es el hecho que puede ser valorado o no por el ordenamiento jurídico, el otro es el hecho jurídico hipotético que es el supuesto de hecho de la norma jurídica y el otro es el efecto jurídico hipotético. MORALES, Rómulo "Hechos y actos jurídicos" en Foro Jurídico número 9 (por publicar).
- 6 Resulta necesario indicar el significado del término "voluntad". Se entenderá por voluntad "la libertad de actuar con conocimiento. Es un acto de querer y de conocer. El autor del acto quiere y conoce su comportamiento.". MORALES, Rómulo "Hechos y actos jurídicos" en Foro Jurídico número 9 (por publicar).
- 7 MORALES, Rómulo "Hechos y actos jurídicos" en Foro Jurídico número 9 (por publicar).
- 8 Artículo 140.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas [...].
- 9 "A lo que aspira el particular, cuando concluye un negocio, es un resultado práctico y no [...] un determinado fin jurídico." PALACIOS, Eric, Contribución a la teoría del negocio jurídico, Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2002, pp. 35.
- 10 "Podemos definir al interés como aquella situación de necesidad humana que será satisfecha mediante un bien. Esa necesidad humana es la finalidad o el fin del comportamiento. El bien es el medio que coadyuvara a la realización del fin o de la finalidad. No se puede cumplir el fin o la finalidad sin el bien. Tampoco es posible hablar abstractamente del bien si no se tiene en consideración el objetivo del comportamiento." MORALES, Rómulo "Hechos y actos jurídicos" en Foro Jurídico número 9 (por publicar).
- 11 "[...] una característica casi tautológica de los actos jurídicos en sentido estricto, pero que es necesario de todas resaltar, es la ausencia de algún espacio de creatividad de los privados, porque tales actos no gobiernan el mecanismo de producción de los efectos y, precisamente, no realizan autonomía privada." MORALES, Rómulo "Hechos y actos jurídicos" en Foro Jurídico número 9 (por publicar).

Navarretta) “un poder privado autónomo de reglamentación de los intereses destinado a producir efectos jurídicos. Ellos heredan y renuevan la categoría tradicional del negocio jurídico e incluyen en su interior la categoría central del contrato.”¹²

Antes de hacer la clasificación interna de estos actos, creemos que es conveniente aclarar el concepto de autonomía privada. La autonomía privada es el poder dado por una norma superior a los particulares para que estos puedan producir cambios jurídicos mediante el establecimiento, modificación o derogación de normas jurídicas. Es pues, el ordenamiento jurídico el que delega a los particulares capacidad normativa para que estos puedan regular sus intereses y, de ese modo, crearse un ordenamiento jurídico privado subordinado, coordinado y armonizado con el ordenamiento jurídico superior¹³.

Nótese que es la autonomía privada la razón fundamental de la distinción entre actos jurídicos en sentido estricto y negocios jurídicos. En los actos jurídicos en sentido estricto no hay contenido normativo y sus efectos están determinados por la Ley¹⁴, en cambio en los negocios jurídicos, sus efectos están previstos en el mismo acto ya que es este quien contiene su regulación que ha sido determinada por las partes¹⁵.

Teniendo claro el concepto de autonomía privada y la diferencia que existe entre acto jurídico en sentido estricto y negocio jurídico, se podría definir a este último como un acto de autonomía privada que permite a los particulares elaborar su reglamento de intereses y determinar sus efectos.

Ahora bien, los actos de autonomía privada pueden clasificarse de la siguiente manera:

- a) En función de su estructura, los actos pueden ser: Unilaterales, bilaterales o plurilaterales.
- b) En función de la naturaleza del acto estos pueden ser: patrimoniales y extramatrimoniales.
- c) En función de si la autonomía es ejercida en relaciones entre vivos o relaciones que presuponen la muerte de su autor.¹⁶

En este sentido, se considera al contrato como una subespecie del negocio jurídico. A continuación,

profundizaremos un poco más este aspecto del contrato.

2.2 El contrato: consideraciones generales

Nuestro Código Civil define al contrato de la siguiente manera:

Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

De esta definición tenemos que hacer algunas observaciones:

- a) De la expresión “acuerdo de dos o más partes para crear, regular...” pareciera que nuestro legislador ha tomado como posición aquella doctrina, actualmente superada, de la voluntad. En dicha doctrina, se creía que la voluntad interna o subjetiva del actor era el elemento idóneo para crear efectos jurídicos, es decir, que basta la declaración del sujeto para que se generen efectos jurídicos.
- b) Cabe destacar que un acuerdo no siempre va a ser un contrato pero éste siempre va a ser una subcategoría de aquel. Me explico, la noción de acuerdo no es dada por el legislador pero sí por la doctrina como una expresión genérica que alude a la unión de dos o más voluntades. Los acuerdos pueden tener por objeto relaciones jurídicas patrimoniales (como el contrato) pero también puede haber los que tienen relaciones jurídicas extramatrimoniales (es el caso del matrimonio).¹⁷
- c) Del mismo modo, se abre la polémica, ya superada también, de si lo que buscan las partes son efectos jurídicos o efectos prácticos.
- d) Es gracias a la autonomía privada que la manifestación de voluntad de las partes, y no su voluntad subjetiva, haga posible la creación, modificación o extinción del reglamento negocial; ya que, dicho poder otorgado por el ordenamiento jurídico hace que las disposiciones o preceptos contractuales sean vinculantes a ambas partes.

12 “Hechos y actos Jurídicos” en BRECCIA, Humberto; BRUSCUGLIA, Luciano; BUSNELLI, Francesco Donato; GIARDINA, Francesca; GIUSTI, Alberto; LOI, María Leonarda; NAVARRETTA, Emanuela; PALADINI, Mauro; POLETTI, Dianota; y ZANA, Mario, *diritto privato parte, prima*, Utet, Turín, 2003, págs. 177-183. Traducción de Rómulo Morales Hervias.

13 Este concepto de autonomía privada ha sido expuesto por la corriente normativista del negocio jurídico, así pues, para esta corriente, el negocio jurídico no es un simple supuesto de hecho sino también una norma jurídica (privada) y, por tanto, fuente de Derecho subordinada a normas superiores, como la Constitución. FERRI, Luigi, “Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil”, presentación, notas y edición al cuidado de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León, traducción de Nelvar Carreteros Torres, Editora Jurídica Grujley E.I.R.L., Lima, 2004, pp.VII-X. MORALES, Rómulo, “Estudios sobre teoría general del negocio jurídico”, ARA Editores E.I.R.L., Lima, 2002, pp. 138-160.

14 “Mientras que el acto jurídico en sentido estricto, no tiene otra importancia que la que se agota en su acaecer, precisamente porque no contiene ninguna realidad normativa que sobreviva a su acaecimiento y solo determina la entrada en función de imperativos de normas que están por definición fuera de él (y han de buscarse en la ley que los disciplina y regula sus efectos.)” FERRI, Luigi, op. Cit., p. VIII.

15 “[...] mientras que en los negocios jurídicos, los efectos están previsto en el mismo negocio, que contiene su regulación, regulación creada precisamente, al menos en parte, por los particulares y no establecida por la ley.” Ibid., p. X.

16 MORALES, Rómulo “Hechos y actos jurídicos” en Foro Jurídico número 9 (por publicar).

17 ALPA, Guido, “El contrato en el derecho privado italiano actual”, en Estudios sobre el contrato en general: por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002), ALPA, Guido, et. al., traducción de Leysser León, ARA Editores E.I.R.L., Lima, 2004, pp. 129-130.

- e) Los contratos son fuente de obligaciones y otros efectos¹⁸. Téngase en consideración de que el contrato no solo tiene efectos obligatorios sino también reales.
- f) Todo contrato debe de tener un contenido patrimonial y la prestación debe de ser económicamente estimable¹⁹. Para determinar cuándo una prestación tiene contenido patrimonial la doctrina ha seguido dos posturas, la subjetiva o la objetiva. El criterio que la teoría subjetiva emplea es aquel que considera que el carácter patrimonial de la prestación es dado por la estimación de las partes de la relación obligatoria, es decir, que son las partes las que determinan la valoración económica de la prestación. De modo contrario, la teoría objetiva, la cual seguimos, indica que el criterio-parámetro para valorar si una prestación es económicamente estimable (y por tanto jurídicamente debida) es aquel que realiza su valorización en términos socioeconómicos usuales que puede, incluso, ser percibido por un tercero (el juez).²⁰
- g) Por último, es pertinente mencionar que en el contrato se pueden identificar dos perspectivas: una estática y otra dinámica.
En la estática: "El contrato es fuente de situaciones jurídicas subjetivas y relaciones jurídicas o fuente de creación, regulación, modificación, transferencia o extinción de situaciones jurídicas subjetivas y de relaciones jurídicas."²¹
En la dinámica: "El contrato se situará ante la situación jurídica subjetiva y la relación jurídica creada, regulada, modificada, transferida o extinguida por el contrato y se verifica de qué modo el contrato -que ha sido su fuente- continúa

siendo eficaz, idóneo, para que a través de dicha situación alcance los fines prácticos que llevaron a las partes a contratar."²²

Es decir, que para que el contrato sea eficaz no se necesita solamente la configuración de una situación jurídica subjetiva y una relación jurídica -momento estático- sino además la verificación de que dicha situación jurídica y relación jurídica (que el contrato ha regulado) realicen plenamente las finalidades de las partes -momento dinámico-²³.

En resumen: el ordenamiento jurídico delega a los particulares el poder de crear reglas vinculantes, este poder autónomo es la autonomía privada. Los actos de autonomía privada son los negocios jurídicos, dentro de ellos están los contratos que pueden ser definidos como el resultado de las declaraciones de voluntad de las partes, resultado que consiste en la creación de un reglamento de intereses encaminado a la satisfacción de los intereses de la voluntad negocial²⁴.

3. Partes del Contrato y Terceros

Una vez terminada esta parte introductoria, comenzaremos por mencionar los 4 elementos que conforman la estructura del contrato y que a su vez determinan su validez y eficacia.

- a) Las partes del contrato.
- b) El acuerdo o consentimiento.
- c) El objeto.
- d) La causa.
- e) La formalidad obligatoria.²⁵

- 18 Ya que es concebible la idea de que de los contratos deriven efectos reales, es decir, que tienen su incidencia en los derechos reales -ya sea transfiriéndolos, constituyéndolos o extinguiéndolos-. Así está estipulado, también en el Código Europeo de Contratos en su art. 1.1: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, de la que pueden derivarse obligaciones y otros efectos, incluso a cargo de una de las partes." [el resaltado es nuestro]
- 19 Estas acotaciones son mencionadas por Luigi Ferri al observar la definición del contrato en el Código Civil italiano de 1942. FERRI, Luigi, op. Cit., pp. XIVII-LXI
Artículo 1321 del CC italiano.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial.
- 20 CANNATA, Carlo Augusto, "Las obligaciones en general", en Derecho de las relaciones obligatorias: lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios, traducción y compilación a cargo de Leysser León, Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2007, PP. 103-105.
- 21 MORALES, Rómulo, "Estudios sobre teoría general del contrato", Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 2006, p. 101.
- 22 Loc. cit.
- 23 Ibid., p. 102.
- 24 Por voluntad negocial nos referimos al término empleado por Luigi Ferri cuando aborda el tema de la causa del negocio jurídico. Para el autor mencionado, la voluntad negocial no es la voluntad de los sujetos sino que es la voluntad del mismo negocio que es objetivada por las normas negociales. Me explico, se debe de entender de que no existe voluntad sin propósito, el negocio jurídico (en nuestro caso el contrato) tiene pues una voluntad (la voluntad negocial) y por tanto también deberá tener un propósito. Propósito que no es el que el sujeto persigue a través del negocio sino el propósito del mismo negocio. FERRI, Luigi, op. Cit., p. 233.
- 25 Esta enumeración no es universal, es decir que no todas las legislaciones enumeran o indican los mismos elementos que hemos mencionado, sin embargo, de una interpretación sistemática de las normas se establece una analogía con los elementos que hemos indicado.
Artículo 140 del Código Civil peruano.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:
1.- Agente capaz.
2.- Objeto física y jurídicamente posible.
3.- Fin lícito.
4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
Artículo 1325 del Código Civil italiano. *indicación de los requisitos*.- Los requisitos del contrato son:
1) El acuerdo de las partes
2) La causa
3) El objeto
4) La forma, cuando resulta prescrita por ley bajo sanción de nulidad

Para fines de esta parte del trabajo sólo nos vamos a enfocar en el literal a.

3.1 Partes del contrato

Si se entiende que requisito de toda relación jurídica obligatoria es la identificación de las partes, no debería haber problema en sostener que en los contratos (como fuente de obligaciones) las partes constituyen, también, un elemento de validez o existencia.

En definitiva: “Conocer quién asume el compromiso y frente a quién lo asume, es tan importante como conocer qué cosa es lo que uno se obliga hacer. Por lo tanto, los sujetos son, al igual que el objeto, un requisito o elemento esencial del contrato.”²⁶

Parte, es aquella persona a quien le pertenece el interés que se va a regular a través del negocio jurídico (contrato). Para Messineo parte contractual es un centro de intereses²⁷ que en principio puede estar conformada por un sujeto que persigue un interés determinado con el contrato pero puede suceder también que la posición de parte contractual esté conformada por varios sujetos que tienen un interés en común (parte compleja o compuesta). Entonces se puede afirmar que sin importar el número de sujetos de derecho que puedan intervenir, estos siempre van a constituir una parte única con respecto a las demás partes que intervienen el contrato. Por otro lado se llamará contraparte a aquella parte que actúa en contraposición con la otra²⁸.

La parte, puede ser considerada o determinada también bajo dos perspectivas

- a) Parte en sentido formal: es la persona que celebra el negocio jurídico personalmente.
- b) Parte sustancial o material: es la persona que ha quedado vinculada a través del negocio jurídico.²⁹

Por lo general, ambas partes coinciden en la misma persona pero hay casos excepcionales en

donde la persona que celebra el contrato no es la que queda vinculada a él, sino otra.

En estos casos excepcionales encontramos al representante y al nuncio.

En la representación se le otorga a una persona la legitimidad para producir mediante su actividad la mutación de una esfera jurídica distinta a la suya. De ese modo, el representado es la parte sustancial ya que es la persona interesada en los efectos del negocio y el representante es la parte formal por ser él que actúa y celebra el contrato.³⁰

En el caso del nuncio, éste también tiene la facultad de celebrar el contrato cuyos efectos vincularán a otra persona, sin embargo el sólo puede declarar la voluntad de otro ya que su actividad consiste en transmitir exactamente lo que otro ha dicho, indicando esa circunstancia a la otra parte.

La diferencia entre nuncio y representante está en que mientras este declara su voluntad en nombre de otro, aquel solo declara la voluntad de otro.

3.2 Terceros

A pesar de que resulta “relativamente fácil” la identificación de quién es un tercero en un contrato, creemos que es conveniente formular algunos comentarios al respecto.

Podríamos definir al tercero como aquel sujeto que no es parte (formal o material) del contrato, de ese modo los efectos del negocio no pueden recaer sobre él (principio de relatividad de los efectos del contrato). Así las cosas, los terceros son ajenos a la relación jurídica (como nexo jurídico que une a las partes) que compone al contrato cuyo efectos sólo tienen eficacia entre las partes contractuales.

El contrato, entonces, no puede generar efectos perjudiciales ni beneficiarios hacia los terceros. Sin embargo, de esta afirmación no se puede llegar a la conclusión de que el contrato no existe para ellos y que, por lo tanto, lo puedan desconocer, es decir, que el contrato no les sea oponible.

Como menciona Mosset “El contrato es oponible frente a todos, *erga omnes*. Es un error creer que sólo los derechos reales se dan *erga omnes*

Artículo 5.3 del Código Europeo de Contratos. *Capacidad de contratar y elementos esenciales del contrato.*- Los elementos esenciales del contrato son:

- a) El acuerdo de las partes
- b) El contenido

Artículo 5.4 del Código Europeo de Contratos. *Capacidad de contratar y elementos esenciales del contrato.*- Una forma particular solo será necesaria en los casos y para los fines indicados en este Código

26 FERRI, Luigi, op. Cit., p. 179.

27 En la misma posición encontramos a Manuel de la Puente cuando afirma: “parte es la persona o personas unidas por el mismo interés que es lo que se ha llamado (centro de interés)” DE LA PUENTE, Manuel, “El contrato en general: comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil”, Palestra Editores S.A.C., Lima, 2007, vol. I, p. 396.

28 MESSINEO, Francesco, “Doctrina general del contrato”, traducción de R.O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra, ARA Editores E.I.R.L., Lima, 2007, pp. 98-99.

29 Esta clasificación es recogida por Luigi Ferri al mencionar que parte en sentido formal es aquella que ayuda a la formación del contrato en nombre e interés ajeno (se esta refiriendo al representante) y parte material es la que recibe los efectos del contrato (representado). Sin embargo, a pesar de que al representante se le denomina como parte formal del contrato, esta no tiene tal calidad, como lo menciona el autor “De la parte en sentido formal se puede decir que no es sujeto del contrato.” FERRI, Luigi, op. Cit., p. 182.

30 Cabe mencionar que esta afirmación no es del todo pacífica en la doctrina. Manuel de la Puente, por ejemplo, menciona: “No llevo a estar de acuerdo con este distingio, pues pienso que el caso de la representación, el representante –pese a ser contratante, en el sentido que el contrato es obre suya y contiene su voluntad- no es parte contractual –ni aun formal-, pues no recibe los efectos del contrato.” DE LA PUENTE, Manuel, op. cit., p. 397.

y que por eso son absolutos. Toda relación jurídica, sea real o personal, se da *erga omnes* y debe de ser respetada por los terceros; su violación apareja siempre responsabilidad.”³¹

Para terminar esta parte de nuestro trabajo queremos mostrar, a modo de ejemplo, como interviene el tercero en el contrato de promesa del hecho de un tercero.

En este contrato, el promitente le promete al promisorio que un tercero realizará un hecho y que en caso de que esto último no suceda, el promitente le pagará una indemnización. Nótese que el contrato es válido y eficaz entre las partes del contrato, no existe vinculación con el tercero; en caso de que éste no realice el hecho, el promisorio no le puede exigir el cumplimiento del hecho prometido, porque no tiene vinculación alguna con este, es decir, no hay una relación jurídica obligatoria entre promisorio y tercero. La relación jurídica se compone entre promisorio y promitente, el tercero es ajeno a las situaciones jurídicas subjetivas que van a derivar del contrato.

De ese modo, se comprende que el promisorio tiene una situación jurídica potestativa y el promitente una situación jurídica de sujeción en caso de que el tercero incumple, o mejor dicho no realice, el hecho que ha sido prometido. No hay un efecto jurídico hipotético ante la concreta no realización del hecho por parte del tercero que lo haga participar como responsable solidario junto con el promitente en la indemnización. El promisorio, tiene la potestad de exigir el pago de la indemnización en caso de que el tercero no haga el hecho sólo al promitente y no al tercero³².

4. Principios del Contrato, en General y El Principio de la Relatividad de los Contratos, en Particular

En el capítulo anterior dijimos que por regla general, los efectos del contrato sólo recaen en las

partes que lo han celebrado. Sin embargo esta regla (principio de relatividad de los efectos del contrato) no es absoluta, ya que, tiene excepciones. El presente capítulo abordará precisamente este tema pero creemos que es conveniente dar en primer lugar una sucinta revisión de los principios del contrato.

4.1. Principios generales de los contratos

A continuación expondremos los principios de los contratos con cierto detalle.

1. Principio de la autonomía (o libertad) contractual³³: este principio establece que las partes pueden establecer libremente el reglamento de intereses. Pero, como ya expusimos, la autonomía privada de las partes no es absolutamente libre ya que el reglamento creado debe de estar armonizado con los demás principios y valores que consagra el ordenamiento jurídico. Entonces, este principio no se ejerce de manera libre porque es:

- Relativo: porque nunca las partes van a poder regular todos los efectos del contrato que celebran, la creatividad de las partes es limitada al momento de creación de las cláusulas del reglamento; por ello, se aplicará de manera supletoria las normas del Código Civil.
- Condicionado: porque todo contrato va a depender de hechos exteriores o circunstancias distintas del propio contrato.
- Limitado: porque la autonomía privada siempre va a estar subordinada a las normas superiores y valores del ordenamiento jurídico.

2. Principio consensualista³⁴: se refiere a que va a ser el acuerdo -visto como la unión de las declaraciones de las partes- que tiene implícito el consentimiento de las partes el elemento fundamental del contrato.

31 Mosset, Jorge, “Contratos”, Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 293.

32 Morales, Rómulo (2006), op. cit., p 433.

33 Artículo 1354 del Código Civil peruano.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Artículo 1.1 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.- Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido.

Artículo 2.1 del Código Europeo de Contratos.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por las normas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, tal como se establece en este Código, en el Derecho comunitario o en las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, con tal que las partes no persigan con ello únicamente perjudicar a tercero.

Artículo 1:102(1) de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.- Las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la buena fe y de las normas imperativas dispuestas por los presentes principios.

34 Artículo 1351 del Código Civil peruano.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Artículo 3.2 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.- Todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional.

Artículo 1.1 del Código Europeo de Contratos.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, de las que pueden derivarse obligaciones y otros efectos, incluso a cargo de una sola parte.

Artículo 2:101(1) de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.- El contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando

(a) las partes tienen la intención de obligarse legalmente y
(b) alcanzar un acuerdo suficiente

3. **Principio de la obligatoriedad o de la fuerza vinculante del contrato**³⁵: quiere decir que los contratos son obligatorios en cuanto se haya declarado en ellos, es decir que una vez celebrado el contrato este vincula a las partes de tal forma que estas no se pueden desligarse a no ser que sucedan supuestos que determinen lo contrario (el mutuo disenso, la resolución, la rescisión y la invalidez).³⁶
4. **Principio de la relatividad de los efectos del contrato**³⁷: este principio explica que los efectos de los contratos sólo recaen sobre las esferas jurídicas de las partes que los celebran. Pero hay casos en donde los contratos afectan, de forma excepcional, a los terceros. Sin embargo, esta afectación tiene límites y es que si bien se permite que el contrato genere efectos hacia terceros, estos no lo pueden perjudicar en su patrimonio. Esto último está recogido en el **principio de la prevención de la lesión patrimonial injusta**.
5. **Principio de la tutela de la confianza no imputable**³⁸: este principio indica que el ordenamiento jurídico ha preferido proteger al receptor o destinatario de la declaración siempre y cuando este último no realice un comportamiento culpable. Me explico, la teoría recogida por nuestro ordenamiento es la de la recepción es decir que en materia de declaraciones recepticias se presume que quien ha recibido la comunicación la conoce. Salvo que el receptor pueda demostrar de que no ha podido conocerla sin culpa (caso fortuito, fuerza mayor, etc.).
6. **Principio de la buena fe**³⁹: se distingue en doctrina la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva, en esta última trata sobre el desconocimiento o ignorancia de que el actuar del sujeto no daña o perjudica a terceros, en la buena fe objetiva -aplicable en materia de contratos- se busca el correcto comportamiento de las partes en las distintas etapas del contrato (etapa de negociación, etapa de celebración del contrato, etapa de ejecución del contrato y etapa post-contractual).
7. **Principio causalístico**⁴⁰: este principio hace referencia a la noción de causa del contrato vista esta como el fin económico-social que las partes persiguen con el contrato o que resulta

- 35 Artículo 1361 del Código Civil peruano.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.
- Artículo 1.3 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.- Todo contrato validamente celebrado es obligatorio para las partes. Solo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos principios.
- Artículo 42 del Código Europeo de Contratos.- El contrato tiene fuerza de ley entre las partes [...].
- Artículo 2:102 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.- L voluntad de las partes de obligarse por contrato se determinará a partir de sus declaraciones o su conducta, tal y como éstas fueran razonablemente entendidas por la otra parte.
- 36 ALPA, Guido, op. cit., p. 143-144.
- 37 Artículo 1363 del Código Civil peruano.- Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no trasmisibles.
- Artículo 1372 del Código Civil italiano de 1942.- El contrato tiene fuerza de ley entre las partes. No puede ser disuelto sino por mutuo consenso o por causas admitidas por la ley.
- El contrato no produce efectos respecto de los terceros en los casos previstos por la ley.
- Artículo 42 del Código Europeo de Contratos.- El contrato tiene fuerza de ley entre las partes y produce efectos a favor de terceros según lo previsto en las reglas del presente título.
- Artículo 6:110(1) de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.- Cualquier tercero tendrá derecho a exigirle cumplimiento de una obligación contractual cuando las partes hayan acordado de manera expresa otorgarle este derecho o cuando dicho acuerdo se infiera del objeto del contrato o de las circunstancias del caso. No será necesario que el tercero quede identificado en el momento de la conclusión del contrato.
- 38 Artículo 1373 del Código Civil peruano.- El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.
- Artículo 1374 del Código Civil peruano.- La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.
- Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.
- Artículo 1.10 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.-
- (1) Cuando sea necesaria una notificación, esta se hará por cualquier medio apropiado según las circunstancias.
 - (2) La notificación surtirá efectos cuando llegue al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida.
 - (3) A los fines del párrafo anterior, se considera que una notificación "llega" al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida cuando es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o dirección personal. [...].
- 39 Artículo 1362 del Código Civil peruano.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.
- Artículo 1.7 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.-
- (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.
 - (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.
- Artículo 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.-
- (1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe.
 - (2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo.
- 40 Artículo 1362 del Código Civil peruano.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. [El resaltado es nuestro]
- Artículo 4.1 (1) de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.- El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes. [El resaltado es nuestro]
- Artículo 5.1.2 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales Las obligaciones implícitas pueden derivarse de:

perseguido con el contrato, nótese que no me estoy refiriendo a la teoría objetiva de la causa que asemejaba a la causa con el tipo contractual, en ese sentido la causa termina ubicada en la misma ley.⁴¹

8. **Equivalencia material de prestaciones**⁴²: este principio está referido a la prohibición del abuso de una parte frente a la otra, por ejemplo la estipulación de cláusulas vejatorias.
9. **Principio de la función social**⁴³: este principio indica que una Ley puede establecer limitaciones razonables a los contratos siempre y cuando se utilicen los medios legítimos y se busque, con dichas limitaciones, fines legítimos fundamentados en valores constitucionales.

4.2. La erosión del principio de relatividad de los efectos del contrato

Nuestro Código Civil recoge este principio en el artículo 1363:

Artículo 1363.- Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles.

Esto quiere decir que los efectos del contrato sólo pueden recaer sobre las partes (o sus herederos, si el tipo obligación debida lo permite) y no a terceros.

Sin embargo, el artículo 1457 regula el contrato a favor de tercero:

Artículo 1457.- Por el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona.
El estipulante debe tener interés propio en la celebración del contrato.

En este contrato el tercero no sólo recibe los efectos del contrato sino que también interviene en

él ya que incluso puede exigir el cumplimiento de la obligación⁴⁴.

Una simple observación, daría cuenta de que nuestro ordenamiento es incoherente al estipular en una norma que los efectos del contrato sólo recaen sobre las partes y al estipular en otra de que por medio del contrato a favor de tercero, este puede ser acreedor de un beneficio que deriva del contrato base.

Es conveniente tratar de dar una solución a tal problema, para ello planteamos las siguientes hipótesis de solución.

En primer lugar, dado que el principio de autonomía privada permite a las partes la libertad de dar contenido al contrato, se puede concluir que ellas pueden crear estipulaciones que provoquen que los efectos de su contrato recaigan sobre las esferas jurídicas de los terceros.

Adoptar esta postura sería contraria a la noción de autonomía privada que hemos dado, ya que, este poder autónomo tiene límites y uno de ellos es respetar las normas imperativas.

Me explico, el principio de autonomía contractual⁴⁵ tiene dos dimensiones una en sentido positivo y otra en sentido negativo.

“En concreto, y en sentido positivo, la libertad contractual es la libertad de decidir si el contrato se celebra o no, de elegir a la contraparte, de elegir el contenido, de escoger la forma, de decidir la ley aplicable al contrato, de elegir las modalidades de regulación de las controversias emergentes del contrato. En sentido negativo, significa que las partes pueden actuar libremente, dentro de los límites establecidos por el ordenamiento. Según la llamada “norma de clausura” (*norma di chiusura*), en virtud de la cual se concede a las partes la posibilidad de hacer todo lo que no esté expresamente prohibido [...]”⁴⁶.

Estas dimensiones de la autonomía (o libertad) contractual seguidas por Guido Alpa, no difieren -en lo sustancial- de lo que dijimos en el primer capítulo sobre autonomía privada. Siguiendo la postura de Luigi Ferri y Rómulo Morales dijimos

(a) la naturaleza y finalidad del contrato;

(b) Las prácticas establecidas entre las partes y los usos;

(c) La buena fe y la lealtad negocial.

(d) El sentido común. [El resaltado es nuestro]

Artículo 5:101 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.-

(1) Los contratos se interpretan conforme a la intención común de las partes, incluso cuando dicha interpretación no coincida con el tenor literal de las palabras utilizadas. [El resaltado es nuestro]

(2) Si se demuestra que una parte buscó dar un sentido particular al contrato y que la otra parte no podía ignorar dicha intención en el momento de celebrarlo, el contrato deberá interpretarse en el sentido dado por la primera.

41 FERRI, Luigi, op. cit., pp. 227-232.

42 Artículo 1398 del Código Civil peruano.- En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

43 Artículo 1357 del Código Civil peruano.- Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato.

44 Artículo 1461 del Código Civil peruano.- El estipulante tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación por el promitente. El mismo derecho le corresponde al tercero beneficiario una vez que haya efectuado la declaración a que se refiere el artículo 1458 y a los herederos del mismo en el caso del artículo 1459.

45 Entiendo que la autonomía contractual es una especificación de la autonomía privada.

46 ALPA, Guido, op. cit., p. 148.

que: La autonomía privada es el poder dado por una norma superior a los particulares para que estos puedan producir cambios jurídicos mediante el establecimiento, modificación o derogación de normas jurídicas. Es pues, el ordenamiento jurídico el que delega a los particulares capacidad normativa para que estos puedan regular sus intereses y, de ese modo, crearse un ordenamiento jurídico privado subordinado, coordinado y armonizado con el ordenamiento jurídico superior.

Se concluye que así como es el ordenamiento jurídico el que nos da dicho poder autónomo, este también puede limitarlo.

El artículo 1363, que recoge el principio de relatividad, es una norma imperativa, ya que no permite que el contrato genere efectos -desfavorables o beneficiosos- a los terceros. Sin embargo, excepcionalmente, nuestro ordenamiento permite que las partes puedan mediante su contrato generar efectos a los terceros, siempre y cuando estos sean beneficiosos para ellos y estos, previamente, acepten el beneficio (principio de la prevención patrimonial injusta).

Este sería un fundamento normativista, el cual creemos que es el más adecuado para explicar esta aparente contradicción entre las normas (1363 y 1457).

Guido Alpa, también entiende que el contrato a favor de tercero es una excepción al principio de relatividad de los efectos del contrato:

“Los sujetos quedan vinculados sólo si existe consentimiento: a los terceros no se les permite vincular a un sujeto sin su consentimiento; las partes tampoco pueden, mediante el contrato por ellas celebrado, vincular a sujetos que no han tomado parte en el acuerdo. Este principio [se está refiriendo al principio de relatividad] experimenta algunas excepciones: por ejemplo, el contrato a favor de tercero produce efectos con respecto a un sujeto que no es parte del contrato; ello se permite porque el efecto es ventajoso, porque el contrato produce la adquisición de un derecho en ventaja del tercero; pero éste,

de todas formas, puede rechazar el beneficio [...]”⁴⁷ [El subrayado es nuestro]

Expuesto lo anterior, cabe preguntarnos ¿El principio de la relatividad de los efectos del contrato, tiene vigencia en los demás ordenamientos jurídicos o se trata de un principio desfasado, es decir, que ya no resulta útil para determinar el alcance de los efectos del contrato?⁴⁸

Para el profesor Moscati el principio de la relatividad de los efectos del contrato ha sido aceptado tanto en los ordenamientos jurídicos civil como en los del *common law*. Incluso, ha sido expresamente recogido en algunos códigos⁴⁹, en otros el principio se infiere implícitamente del sistema⁵⁰.

Sin embargo, para el autor, existen dos manifestaciones que ponen en evidencia la erosión, es decir que ponen en duda la vigencia, del principio de relatividad:

La primera de ellas es la aceptación de remedios contractuales a favor de los terceros y la otra es la responsabilidad del tercero por la injerencia en la ejecución de un contrato ajeno⁵¹.

Esta erosión del principio de la relatividad de los efectos del contrato, tiene la particularidad de poner principal atención en descifrar quién es parte del contrato y quién es tercero⁵².

Cuando nosotros, en páginas anteriores, tratamos de definir el término tercero, dijimos que podríamos definir al tercero como aquel sujeto que no es parte (formal o material) del contrato, de ese modo los efectos del negocio no podían recaer sobre él (principio de relatividad de los contratos). Así, concluimos que el contrato no puede generar efectos perjudiciales ni beneficiarios hacia los terceros.

Pero también dijimos que la definición del término tercero era una tarea “relativamente fácil”, y esto porque, como ahora vemos, nuestra definición tiene el defecto de ser incompleta e inútil bajo estas circunstancias.

La erosión del principio que venimos estudiando, hace que el término tercero se haga complejo ya que es a través de la individualización del tercero que la doctrina y la jurisprudencia -como nos dice Moscati- puede individualizar también “el

47 Ibid., p. 144.

48 Para esta parte del trabajo seguiremos lo expuesto por el profesor Enrico Moscati en su artículo “los remedios contractuales a favor de los terceros.”

MOSCATI, Enrico, “Los remedios contractuales a favor de los terceros”, traducción y notas de Renzo E. Saavedra, en Material de enseñanza derecho civil 8: contratos, Rómulo Morales, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, vol. I, pp. 306-332.

49 Artículo 1372 del Código Civil italiano. Eficacia del contrato.- El contrato tiene fuerza de ley entre las partes. No puede ser disuelto sino por mutuo consenso o por causas admitidas por la ley.

El contrato no produce efectos respecto de los terceros en los casos previstos por la ley.

50 Por ejemplo en el derecho inglés en la doctrina del “Privity of Contract” (a non party can not bring an action on the contract). Esto es “un tercero no puede obtener una acción de un contrato.” MOSCATI, Enrico, op. cit., p. 308.

51 Así lo manifiesta el profesor Moscati: “En efecto, las hipótesis en las cuales un contrato puede asumir relevancia, directa o indirecta, frente a los terceros, ya sea justificando una responsabilidad extracontractual de una de las partes o, por otro lado, constituyendo un instrumento de protección -esta vez a favor de los mismos terceros en desmedro de las partes, son ya tan numerosas en la experiencia de los derechos codificados y de los países del *common law* que induce a preguntarnos si no se impone ya la derogación del principio de la relatividad de los efectos del contrato, el cual habría permanecido en los diversos ordenamientos más por la fuerza de la tradición que por su efectivo alcance práctico.” Ibid., pp. 308-309.

52 Ibid., p.309.

área el la cual el remedio contractual puede operar a favor del tercero.”⁵³

Estos remedios contractuales a favor del tercero derivan de los contratos con efectos protectores frente a terceros y aquellos contratos en donde la extensión de los efectos -favorables- hacia los terceros son prerrogativas de las mismas partes del contrato ya que son ellas las que acuerdan el beneficio (contratos a favor de terceros).

Creemos que es necesario hacer una distinción entre el contrato a favor de tercero y el contrato con efectos protectores frente a terceros. Esta necesidad surge de la similitud de ambas figuras y dado que nuestro tema principal es el contrato a favor de tercero, resulta conveniente, en esta parte de nuestro trabajo, aclarar esta similitud.

4.3. Contrato a favor de tercero y Contrato con efectos protectores frente a terceros

El contrato a favor de tercero, tiene la característica de que son las partes las que se han puesto de acuerdo en otorgar el efecto beneficiario al tercero y este a su vez a declarado su consentimiento para que el efecto altere su esfera jurídica⁵⁴. Es de recalcar que se le otorga al tercero la facultad de exigir la prestación debida.

Este contrato “ha constituido en algunos ordenamientos europeos de derecho codificado, el (caballo de Troya) utilizado para abrir una brecha en las murallas del principio de relatividad de los efectos del contrato”⁵⁵.

Claro ejemplo de ello lo encontramos en la legislación alemana en donde el contrato a favor de tercero sirvió de base para la elaboración, por la jurisprudencia de dicho país, del contrato con efectos protectores frente a terceros⁵⁶.

Así pues, en un caso en donde una doméstica había sufrido quemaduras por la defectuosa instalación de un calefactor a gas. El *Reichsgericht*, en 1930, le otorgó la posibilidad de accionar para el resarcimiento de los daños valiéndose del contrato estipulado por su empleador. El tribunal consideró que el contrato para la instalación de la calefacción a gas debería de entenderse como un contrato concluido también a favor del tercero (la doméstica) ya que este se encontraría en “contacto” con el objeto del contrato⁵⁷.

Este caso que el tribunal alemán lo subsume a una hipótesis de contrato a favor a tercero dio el camino para que se elaborara una figura contractual nueva: El contrato con efectos protectores frente a terceros.

Me explico, la legislación alemana ha regulado en el BGB el contrato a favor de tercero⁵⁸, en donde el beneficio del tercero nace de la prerrogativa de las partes. En el caso de la doméstica, esto no ha sucedido; por tanto, se estaría forzando la figura del contrato a favor de tercero para darle protección al tercero.⁵⁹

Ante tal situación, se dio como solución que el tercero -en estos casos- tenga la potestad de valerse del contrato base para pedir el resarcimiento de daños porque los deberes de protección no solo se refieren a las partes del contrato, sino también a los terceros implicados en el área de protección del contrato⁶⁰.

Si bien es cierto que en un principio el contrato con efectos protectores frente a terceros, solo tenía desarrollo en la jurisprudencia, actualmente con la ley del 26 de noviembre de 2001, sobre la reforma del derecho de las relaciones obligatorias en Alemania, este contrato ha tenido reconocimiento legislativo a través de la combinación de las disposiciones de los párrafos 311 -tercer párrafo-⁶¹ y párrafo 241

53 Ibid., p.310.

54 Cabe destacar, como se verá más adelante, que en algunos ordenamientos el tercero adquiere el derecho de manera directa de la celebración del contrato pero se le otorga a este la posibilidad de rechazarlo.

55 MOSCATI, Enrico, op. cit., p. 313.

56 Similar figura a la del contrato con efectos protectores frente a terceros, la encontramos en Francia bajo el nombre de contrato con obligaciones asumidas tácitamente a favor de un tercero. Ibid., p. 314.

57 Ibid., p. 317.

58 Primer párrafo del párrafo 328 del BGB: Por contrato puede ser estipulado una pretensión a un tercero con el efecto adquiera de forma inmediata el derecho de exigir la prestación.

59 MOSCATI, Enrico, op. cit., p. 318.

60 Es pertinente en estos momentos dar una mejor precisión al concepto de “deberes de protección”. Se hace referencia, como menciona Luigi Mengoni, que la relación jurídica obligatoria tiene una estructura compleja cuando al deber de prestación se ha integrado con una serie de deberes accesorios coordinados en un nexo funcional unitario. Los deberes de protección, son justamente estos deberes accesorios cuya finalidad es extender la tutela de la relación obligatoria y por ende el régimen de la responsabilidad contractual. Dicha tutela permite que las partes vean asegurado sus intereses de preservar su propia persona y sus bienes del riesgo específico de daño creado por la misma relación jurídica. LEÓN, Leysser, op. cit., p.145.

Del mismo modo señala Francesco Benatti, que se ha utilizado a la buena fe como cláusula normativa general para encontrar el fundamento de los deberes de protección, así pues en el BGB se ha empleado el § 242 y el artículo 1175 del Código Civil italiano. Los deberes de protección se diferencian del deber de prestación (a pesar de que ambos forman parte de la misma relación obligatoria) en que mientras este último es propio de la situación jurídica del deudor y que siempre tiende a la satisfacción del interés del acreedor, el primero se caracteriza por ser deberes recíprocos, es decir, que recaen en ambas partes (acreedor y deudor) y están dirigidos a la satisfacción del interés de cada una de las partes de preservar su persona y su patrimonio de hechos lesivos. Ibid., p. 153.

61 Tercer párrafo del párrafo 311 del BGB:

(3) Una relación obligatoria con deberes a los cuales se refiere el 2do párrafo del § 241 puede producirse frente a personas que no estén destinadas a formar parte de la relación contractual. Tal relación obligatoria nace, en particular, si el tercero adquiere, para sí mismo, un nivel de confianza en la conducta de los otros, influyendo de manera relevante en las tratativas contractuales o en la conclusión del contrato.

-segundo párrafo-⁶². En función de los cuales los deberes de protección son extendidos por el tercer párrafo del parágrafo a quienes no sean parte del contrato⁶³.

Visto esto consideramos que la principal semejanza entre ambos contratos es que da la posibilidad a que un tercero utilice el contrato celebrado entre las partes para poder oponer una pretensión frente a alguna de ellas. Además, como dice Moscati, ambos contratos son manifestaciones de la "extensión del contrato en beneficio de terceros".⁶⁴

Se debe añadir que el tercero en ambos casos está en una situación de proximidad al estatus de parte contractual. De ahí que podemos concluir que, bajo estas circunstancias, el tercero puede ser visto bajo dos perspectivas que son excluyentes entre sí dado que cada una se sitúa en hipótesis o supuestos diferentes.

- a) El tercero visto como aquel sujeto que se encuentra en una relación de proximidad con una de las partes del contrato ya que la naturaleza del contrato hace que el tercero tenga algunas de las potestades que son inherentes al estatus de parte del contrato (es el supuesto del tercero en el contrato a favor de tercero, en donde las partes acuerdan la extensión de los efectos -favorables al tercero y este los ha aceptado).
- b) El tercero, visto como aquel sujeto que tiene interés en la ejecución exacta del contrato, dado que si la ejecución es inexacta puede perjudicarlo en sus derechos de la personalidad o en su patrimonio. Dicho tercero también se encuentra en una relación de proximidad con una de las partes pero la diferencia con el supuesto anterior está, en que en este caso la extensión de los efectos del contrato hacia el tercero, no han nacido de un acuerdo de las partes contractuales (es el caso de los deberes de protección en el contrato con efectos protectores frente a terceros).

Dado que nuestro tema es el contrato a favor de tercero, se tendrá que observar la definición que hemos dado de tercero en el literal a.

5. El Contrato a Favor de Tercero

Visto lo anterior, ya tenemos lo necesario para enfocarnos en nuestro tema principal que es el contrato a favor de tercero y la situación jurídica del tercero en dicho negocio jurídico.

62 Segundo párrafo del parágrafo 241 del BGB:

(2) La relación obligatoria puede, según su contenido, obligar a cada una de las partes a proteger los derechos, bienes jurídicos y los intereses de la otra parte.

63 MOSCATI, Enrico, op. cit., pp. 321-322.

64 Ibid., p.311.

65 Estas teorías han sido mencionadas por el profesor De la Puente y Lavalle en su libro. De la Puente, Manuel, "El contrato en general: comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil", Palestra Editores S.A.C., Lima, 2007, vol. III, p. 133-142.

Cabe destacar que estas teorías fueron elaboradas por la doctrina clásica francesa que recogió el principio de relatividad de los efectos del contrato (formulado por el Derecho romano, en donde se prohibía la posibilidad que alguien pueda estipular por otro) para que el referido principio no se desnaturalice. Es decir, dado que no se concebía, en Francia, la posibilidad de que por el solo hecho de haberse celebrado un contrato se pueda alterar la esfera jurídica de un tercero, este tenía que intervenir de algún modo en la formación del contrato, es así que surgen estas teorías para tratar de dar solución a este problema.

5.1. La naturaleza jurídica del contrato a favor de tercero

A continuación, se explicarán las diferentes teorías⁶⁵ que pretendieron explicar la naturaleza jurídica del contrato a favor de tercero.

a. La teoría de la oferta.

Esta teoría indica que existen dos contratos. El primero vincula al estipulante y al promitente, en donde este último se compromete a realizar una prestación a favor de aquel. Una vez ejecutada la prestación, el estipulante le formula una oferta al tercero en la cual si este acepta el estipulante se obliga a ejecutar a favor del tercero la prestación a cargo del promitente que fue materia del primer contrato.

Las objeciones a esta teoría son las siguientes:

- a) No se garantiza de manera adecuada el beneficio del tercero ya que éste entra primero al patrimonio del estipulante y por tanto estaría afecto por las acciones que pudieran tener los acreedores del estipulante.
- b) Si el estipulante fallece antes de realizar la oferta al tercero, el beneficio sería reclamado por los herederos del estipulante ya que este conformaría la masa hereditaria.
- c) Si el tercero fallece antes de aceptar la oferta por parte del estipulante, dicha oferta caduca.
- d) El derecho del tercero no surgiría del primer contrato sino del segundo, lo cual va en contra de la propia esencia de esta figura contractual.

b. La teoría de la gestión de negocios.

Esta teoría indica que el estipulante actúa como gestor de negocios del tercero y en tal condición celebra el contrato con el promitente. Luego el tercero ratificaría lo actuado por el estipulante consiguiendo, de esa manera, que se le considere como si hubiese contratado directamente con el promitente y que por ello adquiere el derecho a la prestación a cargo de este.

Esta teoría fue objetada bajo los siguientes argumentos.

- a) En esta teoría, el estipulante tendría un rol de representación sin poder, mientras que en el contrato a favor de tercero el estipulante obra en su propio nombre.

- b) Cuando se produce la ratificación en la gestión de negocios, el gestor ya no tiene relación jurídica con el promitente
- c) El derecho del tercero nace de la ratificación y no del contrato.
- d) En el contrato a favor de tercero el estipulante puede revocar al tercero hasta que este no haya aceptado, mientras que el gestor de negocios, dicha situación no se da.

c. La teoría de la autonomía de la voluntad.

Según esta teoría la voluntad de las partes que ha sido expresada en el contrato a favor de terceros puede por sí misma, crear efectos hacia terceros.

La objeción principal que se le puede hacer a esta teoría es que en nuestro ordenamiento jurídico el principio de relatividad está codificado de forma imperativa.

d. La teoría de la institución propia.

Esta teoría no busca explicar la naturaleza del contrato a favor de tercero en otras instituciones como lo hacen las anteriores teorías. El contrato bajo estudio tiene su fundamento o justificación en la ley y es esta la que va a fijar sus límites.

e. Nuestra posición: el Contrato a favor de tercero es una excepción al principio de relatividad de los efectos del contrato.

Como ya lo explicamos anteriormente, creemos que el contrato a favor de tercero es una excepción al principio de relatividad de los efectos del contrato. La autonomía privada es un poder que nos ha sido otorgado por el ordenamiento jurídico para poder elaborar un reglamento de intereses y que este genere sus efectos.

Así como es el ordenamiento el que nos otorga tal poder, este a su vez puede restringirlo o ampliarlo. En este caso el ordenamiento jurídico nos legitima para poder extender los efectos del contrato hacia terceros siempre y cuando estos efectos lo beneficien y este los haya aceptado.

Nótese que el principio de relatividad de los efectos del contrato ya no es visto como un principio absoluto, con lo era en el Derecho romano, sino como la regla general y como toda regla, puede soportar excepciones.

5.2. ¿En qué momento el tercero adquiere el derecho?

Para tratar de dar un sentido coherente a esta parte del trabajo consideramos que es necesario, en primer lugar, describir cómo es que ha sido regulado la figura del contrato a favor de tercero dentro de los ordenamientos francés, alemán e italiano.

Luego, en segundo lugar, analizaremos dicha figura contractual desde nuestro ordenamiento jurídico. Posteriormente, mencionaremos las posturas de los profesores De la Puente, Forno y Morales al respecto, en este punto citaremos textualmente las principales afirmaciones de los juristas mencionados. Y, por último, expondremos nuestras propias observaciones.

5.2.1. Francia

La escuela Filosófica del Derecho Natural propugnaba que un individuo puede vincularse jurídicamente por su voluntad. Esta voluntad se ve reflejada en el contrato dado que el individuo es libre para elegir a la contraparte, establecer los términos del contrato y, del mismo modo, obligarse a realizar una prestación. Así pues, las partes del contrato logran vincularse jurídicamente no gracias al ordenamiento sino al acuerdo, es decir, a la concordancia de ambas voluntades⁶⁶.

De lo señalado se desprende que para la doctrina clásica francesa, la posibilidad de que un contrato afecte la esfera jurídica de un tercero es reprochable. En palabras del profesor Hugo Forno: "Hablar de un contrato celebrado entre dos partes pero que pueda afectar directamente la esfera jurídica de un tercero, resulta no sólo aventurado sino peligroso. Aventurado, porque significa dirigirse contra el peso de la tradición y de las enseñanzas del derecho romano, contestando los firmes postulados filosóficos entonces en boga; y peligroso, porque la eficacia relativa del contrato coherente con la concepción de la autonomía de la voluntad, es uno de los dogmas en los cuales la institución del contrato descansa."⁶⁷

La doctrina francesa para aliviar esta situación conflictiva tenía dos caminos: considerar que la aceptación del derecho por parte del tercero, debía, necesariamente ser el supuesto de hecho contractual y de ese modo el tercero sería parte del contrato o bien la declaración del tercero hace que este participe en los efectos del contrato, es decir, que mediante su aceptación vuelve eficaz el contrato. Cualquiera de los dos caminos da como resultado la siguiente conclusión: "El derecho estipulado a favor del tercero no ingresa a su esfera mientras este no lo admita de manera explícita mediante una declaración de voluntad que puede operar en planos distintos según la concepción de que se trate."⁶⁸

De estos dos caminos sólo me dedicaré a desarrollar el segundo, ya que albergar la posibilidad de que el tercero se convierta en parte del contrato -como afirma el primero- iría contra la misma naturaleza del contrato a favor de tercero.

La teoría de la condición legal "*condicio iuris*".- Esta teoría explica que del contrato a favor

66 FORNO, Hugo, "El contrato y la colaboración con la esfera jurídica ajena", en *Ius Et Veritas*, revista editada por estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, año V, Número 10, 1995, p.184.

67 *Ibid.*, p. 184-185.

68 *Ibid.*, p. 186.

de tercero nace directamente el derecho del tercero. Pero tal derecho sólo puede surgir y ser adquirido por el tercero cuando este declara aceptarlo. Es esta declaración de aceptación del derecho la que constituye la condición legal para que el contrato sea eficaz⁶⁹.

Es decir el derecho es creado por el contrato a favor de tercero pero para que este derecho entre o ingrese en el patrimonio del tercero es necesario que este declare aceptarlo. Nótese, que si bien ya existe un derecho estipulado en el contrato este no altera la esfera jurídica del tercero, es decir la mantiene intangible. Si este acepta el derecho recién entonces adquirirá el derecho.

De este modo, la doctrina francesa trata de guardar coherencia con los postulados de la autonomía privada y del principio de la absoluta intangibilidad de la esfera jurídica ajena⁷⁰.

5.2.2. Alemania

Al contrario de lo que sucede en el ordenamiento jurídico francés, el BGB permite que el contrato entre el estipulante y el promitente pueda afectar de manera directa e inmediata la esfera jurídica del tercero sin que se necesite su aceptación (teoría del derecho directo).

Es decir, la doctrina alemana sin desconocer la importancia que la voluntad individual tiene como factor de iniciativa de determinación y evaluación de los propios intereses, pondera con mayor relevancia a la organización social y económica ubicando al individuo como agregado de aquella.⁷¹

Mirabelli, al respecto, formula dos posturas sobre autonomía privada: la primera, considera a esta como un poder, dado a los sujetos, de establecer un autorreglamento vinculante para los propios intereses en las relaciones con los demás; la segunda, ve a la autonomía privada como el medio ofrecido al sujeto para dar el mejor orden a sus intereses en relación con los intereses de los demás, como medio de colaboración intersubjetiva más que como medio de autogobierno, de esta manera, no es inválida aquella estipulación contractual a favor de un tercero cuando esta le favorece, si en esa forma se satisface un interés jurídicamente tutelable⁷².

Sin embargo, se le otorga la posibilidad, al tercero, de rechazar el beneficio de manera retroactiva, es decir que con el rechazo por parte del tercero del beneficio estipulado, su esfera jurídica queda intangible -como si dicho beneficio nunca hubiese ingresado en ella-.

Así lo expresa Forno: "La dinámica de los negocios, en efecto, ha puesto de manifiesto cada vez con mayor énfasis situaciones en las cuales cabe permitir atribuir a un tercero una ventaja patrimonial sin su participación en la producción de tal efecto, tutelando más bien su libre determinación mediante la posibilidad de rechazarla."⁷³

5.2.3. Italia

El Código Civil italiano regula el contrato a favor de tercero en el artículo 1411. El segundo párrafo de la mencionada norma indica que "Salvo pacto en contrario, el tercero adquiere el derecho contra el promitente por efecto de la estipulación. Pero ésta podrá ser revocada o modificada por el estipulante mientras el tercero no haya declarado, aun respecto del promitente, que quiere aprovecharla."

Como se podrá apreciar el derecho del tercero nace del propio contrato tomando así una posición afín a la doctrina alemana (teoría del derecho directo)⁷⁴, la declaración del tercero tiene por finalidad lograr la irrevocabilidad del beneficio dada por el contrato.

Creo que es necesario profundizar un poco más estas afirmaciones. La estipulación a favor de tercero realizada por las partes es suficiente -salvo que establezcan otra cosa- para que el tercero adquiera el derecho a la prestación contemplada en el contrato y para que tal derecho ingrese en su patrimonio, él lo adquiere por efecto de la estipulación sin que tenga que realizar, posteriormente, alguna declaración⁷⁵.

Por otro lado la declaración del tercero a que hace referencia la norma, se trata de una declaración -que puede ser tácita- que no contribuye a la formación ni a la eficacia del contrato pero que permite hacer irrevocable e inmodificable la estipulación, por consiguiente, en el caso de existir dilaciones entre la estipulación y la declaración del tercero, las partes tienen el derecho potestativo de revocar o modificar la estipulación y el tercero estará en una correlativa situación de sujeción^{76 77}.

5.2.4. Observaciones a las legislaciones francesa y alemana

El Código de Napoleón establece lo siguiente:

Artículo 1.121.- Se puede estipular asimismo a favor de un tercero cuando ésta sea la condición de una estipulación que se hace

69 Ibid., p. 185.

70 Ibid., p. 186.

71 Loc. cit.

72 Ibid., p. 187.

73 Loc. cit.

74 De igual modo el profesor Forno indica "Esta nueva corriente (se refiere a la teoría del derecho directo) ha sido favorablemente acogida en diversas legislaciones del presente siglo y puede hoy considerarse predominante. Es el caso del Código Civil italiano de 1942 (...)". Loc. cit.

75 MESSINEO, Francesco, op. cit., p. 615.

76 Ibid., p. 617.

77 Del mismo modo se ha expresado que "(...) el tercero tiene la carga de declarar, también frente al promitente, si pretende aprovecharse del beneficio. Y mientras él no emita tal declaración corre el riesgo de perder o de ver modificado el propio derecho, puesto que la ley prevé que en el entretanto el estipulante puede revocar o modificar la estipulación." BRECCIA, Umberto, et. al., op. cit., p 1015.

por sí mismo o de una donación que se hace a otro. El que haya hecho esa estipulación no puede revocarla si el tercero ha declarado que quiere aprovecharla.

Del mismo modo, el Ante-Proyecto de Reforma del Código Civil francés

Artículo 1171.- El contratante llamado estipulante puede hacer prometer al otro, el promitente, ejecutar una prestación a favor de un tercero beneficiario, a condición de que, si este es una persona futura, sea designado precisamente o pueda ser determinado al momento de la ejecución de la promesa y de que para entonces tenga capacidad de recibir.

Artículo 1171-1.- Mientras el tercero no haya aceptado el beneficio de la estipulación hecha en su favor, ésta puede ser revocada libremente por el estipulante.

La aceptación ocurrida antes de la revocación hace irrevocable la estipulación desde cuando su autor o el promitente tuvieron conocimiento de ella.

Investido entonces del derecho de obrar directamente contra el promitente para la ejecución del compromiso, el beneficiario se considera haber tenido tal derecho desde su constitución.

Nuestro comentario al respecto, es que el ordenamiento jurídico francés consagra la teoría de la condición legal. Nótese que se da énfasis a que si el tercero acepta el beneficio este se retrotrae al momento de celebración del contrato.

Por otro lado el BGB regula el contrato a favor de tercero en el §328

§328. Contrato a beneficio de un tercero.-

1. Un contrato puede estipular la prestación a beneficio de un tercero de manera que el tercero adquiere de forma inmediata el derecho de exigir la prestación.

2. En ausencia de una estipulación expresa se deduce de las circunstancias, especialmente del objeto del contrato, si el tercero adquiere el derecho, si el derecho del tercero aparece en el acto o sólo bajo ciertas condiciones o si las partes contratantes pueden reservarse algún derecho para eliminar o modificar el derecho del tercero sin su consentimiento.

§333. Rechazo del derecho por el tercero.-

Si el tercero rechaza, mediante declaración al promitente, el derecho adquirido por el contrato, el derecho se considera que no ha sido adquirido.

Con estos artículos queremos aseverar que el ordenamiento jurídico alemán permite

que el contrato a favor de tercero pueda afectar de manera directa la esfera jurídica del tercero. Permitiéndole a este rechazar el beneficio. El rechazo hace que se considere al tercero como si este nunca hubiese recibido el derecho, existe pues un efecto retroactivo.

5.3. La postura adoptada por nuestro Código Civil

Con referencia a nuestro tema el Código Civil estipula lo siguiente.

Artículo 1458.- El derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. Empero, será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible, operando esta declaración retroactivamente.

La declaración del beneficiario puede ser previa al contrato.

Ahora nos toca decir cuál ha sido la postura por la que ha optado el legislador peruano.

En la primera parte del art.1458 dice: "El derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato". Nuestra primera aproximación sería que nuestro CC se adscribe a la teoría alemana del derecho directo. Entonces, se concluirá que por el contrato el tercero adquiere de manera directa el derecho. Los efectos del contrato recaen sobre la esfera jurídica del beneficiario y, por tanto, el tercero no necesita declarar la aceptación del derecho. Además, como ya explicamos anteriormente, el CC debería de regular la posibilidad de que el tercero pueda rechazar los efectos favorables del contrato entre el estipulante y el promitente⁷⁸.

Sin embargo, el mismo artículo menciona después "Empero, será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible, operando esta declaración retroactivamente".

Esta parte del artículo merece dos observaciones.

En primer lugar, se menciona que la declaración del tercero hace que este pueda exigir el derecho, ya que una cosa es el surgimiento del derecho -que según nuestro CC nace de manera directa e inmediata del contrato- y otra cosa es su exigibilidad. Exigibilidad que en principio debería de regirse por las estipulaciones del contrato ya que puede darse el caso de que las partes hayan establecido un plazo o circunstancia de la que dependa la exigibilidad del derecho del tercero. Lo que tratamos de explicar es que la mera declaración del tercero no hace exigible el derecho. La explicación de este error, el profesor Forno la explica de la siguiente manera "Lo que ocurre es que el legislador peruano, al referirse a la declaración tercero, ha utilizado una dicción semejante a la de

78 FORNO, Hugo, op. cit., p. 188.

algunos códigos como el argentino y español, que podrían bien considerarse secuaces de la teoría francesa, que aluden a la posibilidad del tercero de exigir el cumplimiento de la estipulación si ha declarado su aceptación.⁷⁹

En segundo lugar, el CC le otorga efecto retroactivo a la declaración del tercero, cuestión que carece de sentido si tenemos en cuenta de que el derecho ya surgió de manera directa en el patrimonio del tercero. Además que carece de sentido dar a la declaración un efecto retroactivo al momento de celebración del contrato cuando la función de esta es la exigencia del beneficio.

Al parecer, el legislador peruano está pensando que cuando se le otorga el efecto retroactivo a la declaración del tercero es porque justamente es esta la que hace surgir el derecho y al darle efecto retroactiva logra que el derecho, de ese modo, se considere surgido en el momento en que se celebra el contrato a favor de tercero y así eliminar el periodo mediante el cual el derecho habría sido *nullius*⁸⁰.

Entonces, de este análisis queremos resaltar la incoherencia de nuestro legislador al momento de optar por uno de los dos sistemas (alemán o francés).

Ante tal problema se han presentado en nuestra doctrina tres soluciones al respecto. Tenemos la posición del profesor De la Puente, Forno y Morales.

a. La posición de De la Puente.

Citando al profesor De la Puente "Ocurre, pues, que la verdadera situación es la siguiente: por parte del promitente, él asume frente al estipulante un deber de prestación en virtud del cual debe ejecutar una prestación, prevista en el contrato, a favor del tercero. Nace del contrato, de esta manera, la atribución del promitente de practicar una determinada conducta, que puede consistir en un dar, un hacer o un no hacer, cuyo beneficiario es el tercero. Por parte de éste, nace del contrato su derecho a la prestación a cargo del promitente, pero el artículo 1458 del Código Civil no le permite hacerlo efectivo en tanto no declare su voluntad en ese sentido."⁸¹

Mas adelante, De la Puente vuelve a hacer hincapié en la posición que se suscribe, indicando: "La prestación a cargo del promitente existe también desde la celebración de su contrato con el estipulante, pero no es eficaz hasta que el tercero, después de conocer la existencia del contrato, manifiesta su voluntad de recibir la prestación, perfeccionándose así su existente vínculo con el promitente."⁸²

De estas citas no nos es difícil concluir que De la Puente suscribe la teoría francesa de la condición legal. El derecho nace del contrato entre el estipulante y el promitente, pero es necesaria la declaración del tercero para que pueda incorporar el derecho a su esfera jurídica. La declaración del tercero no es más que la *condicio iuris*.

Con tan solo tener presente esta afirmación se descarta la posición del profesor De la Puente, ya que, nuestro CC menciona que el derecho del tercero nace de manera directa e inmediata y que por tanto este derecho ya ha ingresado a su patrimonio. El contrato es válido y eficaz inclusive para el tercero.

Cabe resaltar que el profesor Hugo Forno, realiza con mejor detalle y precisión la crítica de la postura de De la Puente, pero para fines de este trabajo creemos que es suficiente quedarnos en este punto.⁸³

b. La posición de Forno.

En palabras del mismo profesor Forno: "Tal parece indicar que la teoría clásica [refiriéndose a la teoría francesa de la *condicio iuris*] no he encontrado acogida en nuestro Código aunque debemos de reconocer que algunos elementos de contrabando [se esta refiriendo a la parte del art. 1458 del CC que indica "Empero, será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible, operando esta declaración retroactivamente".] permiten interpretaciones conducentes, no sin un esfuerzo notable, a tal orientación. Sin embargo, el enunciado legal en el sentido que el derecho del tercero nace de manera directa e inmediata del contrato resulta claro, y constituye la consagración de la tendencia que atempera el riguroso formalismo de la absoluta intangibilidad de la esfera jurídica individual, permitiendo que un tercero pueda adquirir un derecho estipulado por dos contratantes sin que aquél tenga que participar en el proceso que origina ese fenómeno." (El subrayado es nuestro)⁸⁴

Queda claro que para Forno el CC ha seguido la teoría del derecho directo de origen alemán. El autor menciona que esta posición es acorde a los acontecimientos actuales ya que los terceros son proclives a colaborar con las partes del contrato en tanto que dicha colaboración suponga un beneficio.⁸⁵

Sobre la segunda parte del Art. 1458 Forno menciona que a la declaración del tercero "debe de asignársele pues la más modesta función que el texto del precepto le reconoce, es decir, la de hacer exigible el derecho que ya le pertenece por efecto del contrato."⁸⁶

79 Ibid., p. 189.

80 Loc. cit.

81 DE LA PUENTE, Manuel, "El contrato en general: comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil", Palestra Editores S.A.C., Lima, 2007, vol. III, p.176.

82 Ibid. p. 177.

83 FORNO, Hugo, op. cit., pp. 190-193.

84 Ibid., p. 193.

85 Loc. cit.

c. La posición de Morales.

Para el profesor Morales, el efecto jurídico que nace del contrato de manera directa e inmediata no es otro que el derecho potestativo de aceptar o de rechazar el derecho o la prestación a favor del tercero⁸⁷.

Entonces el contrato a favor de tercero es aquel contrato en donde el estipulante designa a un tercero que va a tener el derecho de exigir el deber de prestación al promitente siempre y cuando haya ejercido su derecho potestativo de aceptación. Una vez aceptado este adquiere el derecho y el estipulante ya no podrá revocar o modificar la estipulación a favor de tercero⁸⁸.

Para Morales, el rechazo, la revocación y la modificación constituyen negocios jurídicos unilaterales recepticios: Mientras que el rechazo está dirigido a excluir la atribución del estipulante -y por tanto se le debe de comunicar-, la revocación y la modificación, en cambio, están dirigidas a sustraer o modificar la posición del tercero ya atribuida -y por tanto se le debe de comunicar⁸⁹.

“Desde nuestro punto de vista (afirma el autor) la atribución de un derecho o la prestación a favor del tercero no surge directa e inmediatamente, como en los modelos alemán e italiano ni como en el Código Europeo de los contratos. Por el contrario, el Código Civil peruano otorga al tercero un derecho potestativo de aceptar o de rechazar el beneficio a su favor. Además este contrato otorga derechos potestativos al estipulante de sustitución, revocación y modificación; conforme a los artículos 1463 y 1464, en tanto no se haya producido el ejercicio del derecho potestativo de aceptación del tercero.”⁹⁰

Esta posición no se suscribe a la teoría del derecho directo tampoco se suscribe a la teoría de la condición. El derecho del tercero no nace del contrato sino cuando éste ejerce el derecho potestativo de aceptarlo. La posibilidad de revocación o de modificación de la posición del tercero por parte del estipulante guarda semejanza con lo que indicamos sobre la doctrina italiana, en donde la aceptación cumple el propósito de hacer irrevocable e inmodificable el beneficio adquirido por el contrato.

d. Nuestra posición.

La incoherencia del legislador es producto de la importación de normas de otros ordenamientos sin investigar, previamente, qué sistema ha influenciado la(s) norma(s) que va a copiar.

El artículo 1411 del Código Italiano de 1942 es pues la fuente de donde proviene nuestra regulación del contrato a favor de tercero, como hemos indicado esta norma ha tenido la influencia de la teoría del derecho directo.

Sin embargo, al analizar el art. 1458 de nuestro CC, nos damos cuenta que el legislador siguió en parte esta teoría y le agregó elementos que son propias de la doctrina clásica francesa.

Así pues la incoherencia se manifiesta al tratar de mezclar dos posturas que son incompatibles. No podemos seguir la posición de De la Puente porque considera que la declaración del tercero hace que el beneficio entre a su patrimonio cosa que no hace el contrato y que durante el periodo de celebración del contrato y la declaración de aceptación, el derecho es *nullius*, es decir, que si bien existe el derecho este es ineficaz hasta que el tercero lo acepte.

Como se deduce de la misma norma “El derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato.”

No podemos aceptar la posición de Forno dado que si bien parece que nuestro legislador ha adoptado la teoría del derecho directo, esto no es del todo claro y solo basta con hacer referencia a que el CC no regula la posibilidad de que el tercero pueda rechazar el beneficio que ha adquirido por el contrato.

Distinta es la posición de Morales, que menciona que el efecto directo e inmediato del contrato es el otorgamiento al tercero de un derecho potestativo de aceptar o de rechazar el beneficio. Nótese que el contrato ya es eficaz y no hay condición legal. La declaración del tercero es decir el ejercicio de su derecho potestativo va hacer que recién en ese momento sea acreedor del beneficio o que de modo contrario -con su rechazo a adquirir el beneficio- hace que de forma retroactiva el estipulante lo adquiera.

Ahora bien ¿Qué es un derecho potestativo? Y con la respuesta a esta pregunta culminamos esta parte.

5.4. La situación jurídica del tercero frente al contrato a favor de tercero.

Como se sabe el interés se define en función de aquel bien idóneo que logra satisfacer nuestras necesidades. Los bienes son escasos y por ello es posible que dos personas encuentren en un mismo bien la posibilidad de satisfacerse sus necesidades. ¿Cómo resolver el conflicto de intereses? El ordenamiento jurídico (el Derecho) es el que se va a encargar de gradar los intereses ya que el tiene la función de ordenar la vida en sociedad. De ese modo en una situación de conflicto de intereses entre “A” y “B” es el ordenamiento jurídico el que nos va decir que interés prevalece sobre otro.

Así pues hay intereses que prevalecen sobre otros y correlativamente hay intereses que se subordinan ante otros. La posición que el sujeto

86 Loc. cit.

87 MORALES, Rómulo, “El contrato a favor de tercero: comentario a los artículos 1457 y 1458 del Código Civil”, en Código Civil Comentado por los 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2007, tomo VII, p. 525.

88 Ibid., p. 526.

89 Loc. cit.

90 Ibid., p. 527.

tiene frente al ordenamiento jurídico es lo que se denomina como situación jurídica. Como menciona Roppo "Las situaciones jurídicas subjetivas resumen la forma como las normas regulan las posibilidades de los diversos sujetos, en relación con los distintos bienes, de conformidad con la gradación que las propias normas buscan establecer entre los intereses de los sujetos."⁹¹

Las situaciones jurídicas subjetivas se dividen en dos grandes categorías: de activas y pasivas. En las primeras el interés del sujeto es prevalente sobre los demás por ejemplo el derecho de propiedad. En las segundas se determina que el interés del sujeto es subordinado respecto de otro interés.

El titular de un derecho potestativo tiene pues una situación jurídica subjetiva activa.

Para su mayor entendimiento vamos a exponer las definiciones que da la doctrina al respecto. "Se trata [...] de situaciones (activas y de ventaja), surgida sobre la base de intereses patrimoniales o no, que le permiten al titular obtener, con un comportamiento propio unilateral, un resultado favorable mediante el ejercicio de una facultad peculiar (llamada de formación) apta para provocar una modificación en la esfera jurídica de un sujeto jurídico distinto, imposibilitado para oponerse válidamente a ella y que, por eso mismo, por regla general, se encuentra en una posición (de desventaja inactiva) de mero *pati* o soportar. Todo esto [...] sobre el presupuesto de la naturaleza de derecho subjetivo que se considera se le puede asignar a las situaciones en cuestión."⁹²

Por otro lado se menciona que "el derecho potestativo es una subespecie de derecho subjetivo [...]. Consiste en el poder de incidir en las situaciones subjetivas ajenas -creándolas, modificándolas o cancelándolas- sin que el titular de la situación incidida pueda impedirlo jurídicamente."⁹³

"Por su parte el derecho potestativo es también una situación jurídica subjetiva de ventaja en tanto que confiere a su titular una facultad en procura de la realización de un interés propio jurídicamente relevante. Tal facultad consiste en la posibilidad de obrar de manera que también se trata de un derecho subjetivo. Pero como el interés que sirve de presupuesto al derecho potestativo se realiza mediante la alteración de la realidad jurídica de otro sujeto, el ordenamiento reconoce dicha alteración como consecuencia del obrar del titular del derecho, de manera que éste puede satisfacer su propio interés directamente

mediante el ejercicio de su propio derecho; por eso se dice que el derecho potestativo es autosuficiente. En ese orden de ideas no se requiere que otro sujeto desarrolle un comportamiento para satisfacer el interés del primero, solo se requiere el reconocimiento por parte del ordenamiento de la alteración de su esfera jurídica como consecuencia del ejercicio del derecho por parte de su titular. En consecuencia la situación jurídica subjetiva de desventaja que se crea en el sujeto pasivo, no le impone deber alguno sino que lo somete inexorablemente a sufrir dicha alteración en el caso en que el titular del derecho decida ejercerlo y efectivamente lo haga; por esta razón esa situación se denomina sujeción."⁹⁴

No nos queda más que concluir que la situación jurídica subjetiva activa que tiene el titular del derecho potestativo encaja en la descripción de las facultades que posee el tercero en el contrato con a favor de tercero. Como lo explicó Morales, del contrato nace directamente un derecho potestativo para el tercero; el ejercicio de dicho derecho hace que se altera la esfera jurídica de las partes del contrato, que se encontrarán en una situación jurídica subjetiva pasiva (sujeción).

6. Conclusiones.

La utilidad de poder estipular a favor de tercero, es pues en estos tiempos indudable. Operaciones económicas se pueden agilizar gracias a esta facultad que la ley otorga.

Es lamentable que nuestro legislador no haya sido capaz de poder regular este instituto con eficiencia, sin embargo a pesar de los obstáculos hemos podido ayudar a dar una alternativa de solución.

Manifiestar que del contrato a favor de tercero el único efecto que surge de manera directa e inmediata es un derecho potestativo y que, de ese modo, el tercero tenga que declarar su aceptación para que el beneficio estipulado a su favor ingrese a su esfera jurídica, guarda mayor armonía con el principio de relatividad de los efectos del contrato.

Entonces, a la pregunta ¿en qué momento el tercero beneficiario adquiere el derecho en el contrato a favor de tercero? Ha de responder: desde el momento en que el tercero declara aceptar el beneficio. Una vez aceptado el estipulante ya no podrá revocar o modificar la estipulación a favor del tercero. 

91 ROPPO, Vincenzo, "Situaciones y relaciones jurídicas", en León, Leysser, op. cit., p. 47.

92 BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI, Luna; NATOLI, Ugo; y BUSNELLI, Francesco, "Derecho civil", traducción de Fernando Hines-trosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, Tomo I, volumen 1, p. 416.

93 ROPPO, Vincenzo, op. cit., p. 49.

94 FORNO, Hugo, "Los efectos de la oferta contractual", en *Ius Et Veritas*, revista editada por estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, año VIII, Número 15, 1997, p. 190.