

El contrato y la colaboración con la esfera jurídica ajena

Hugo Forno Flórez

Abogado. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

«El maestro no transfiere certezas, no entrega verdad: él nos hace capaces de ser nosotros mismos, de desarrollarnos y expresarnos. La virtud más alta del maestro está en la tolerancia, en el deseo de suscitar la consciente divergencia».
NATALINO IRTI.

I. INTRODUCCIÓN.

El Código Civil peruano de 1984 como toda obra humana no podía estar despojado, qué duda cabe, de la impronta que sus autores -consciente o inconscientemente- han dejado en él. No demanda gran esfuerzo entender que la orientación, los principios, los dogmas y las simples tendencias que conforman el bagaje del legislador han nutrido abundantemente nuestro Código civil imprimiéndole una **marca de fábrica**.

En no pocos casos, sin embargo, tal impronta se observa paradójica y hasta contradictoria. En la parte que concierne a los contratos en general (sección primera del Libro VII) tenemos algunos ejemplos. Y es que lo que ha ocurrido es que muchas normas de esta parte del Código manifiestan más o menos tímidamente planteamientos que corresponden a la doctrina francesa

clásica y que ciertamente ponen de relieve que la influencia, entonces poderosa, que ejerció el Código Civil francés y la Escuela de la Exégesis en las codificaciones del siglo pasado logró penetrar con fuerza instalándose y permaneciendo entre nosotros hasta la actualidad. Sin embargo, el legislador se entregó con loable empeño a la elaboración de un Código con la pretensión de ser el más moderno y para ello debió contar con un modelo⁽¹⁾, de manera que no pudo resistir a la tentación de valerse del gran código del presente siglo, el Código Civil italiano de 1942.

Pero el Código Civil italiano de 1942 es el punto de llegada -aunque también pero en otro aspecto un punto de partida⁽²⁾- de una muy distinta y fatigosa ruta seguida por la experiencia jurídica italiana⁽³⁾. A fines del siglo pasado el soberbio rigorismo técnico del pandectismo alemán y el método sistemático producen un profundo impacto en la doctrina italiana⁽⁴⁾ y la con-

(1) Sobre la influencia y la circulación de los Códigos, ver las interesantes notas de Antonio Gambaro en la voz: Codice Civile. Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile, Vol. II, UTET, Torino, 1993, pág. 455.

(2) NICOLÓ, Rosario. Voz Codice Civile. En: Enciclopedia del Diritto, Vol. VII, Giuffrè, Milán, 1961, pág. 249; ahora también en: Raccolta di Scritti, Tomo II, Giuffrè, Milán, 1980, pág. 1459.

(3) Para una reseña interesante sobre la codificación italiana, NICOLÓ, Rosario. Op. cit., págs. 240 y ss. También puede consultarse a BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI. Derecho Civil. Tomo I, Vol. I, traducción de Fernando Hiestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, págs. 43 y ss. Sobre el ambiente político y las orientaciones de política legislativa que rodearon la elaboración del Código Civil italiano de 1942 puede consultarse, RESCIGNO, Pietro. Manuale del Diritto Privato Italiano, settima edizione, Jovene, Nápoles, págs. 67 y ss.

(4) Sobre la influencia que ejerció en Italia la literatura jurídica alemana puede consultarse. la voz: Editoria giuridica nei paesi romanisti, de Guarneri, Attilio, en Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile, Vol. VII, UTET, Torino, 1991, págs. 380 y ss.

ducen inexorablemente al abandono del Código francés y del método exegético⁽⁵⁾, y con ello a la admisión de nuevas instituciones pero también al tratamiento de las viejas figuras con nuevos planeamientos, enfoques y soluciones⁽⁶⁾.

Aparecen entonces en nuestro Código, algunos planteamientos de claro abolengo francés que responden a concepciones anacrónicas o simplemente distintas pero que han sido instrumentadas mediante el recurso a preceptos tomados del Código italiano y que obedecen a otras orientaciones. En consecuencia, no puede llamar la atención que muchos artículos de nues-

tro Código escritos con espíritu francés pero con cuerpo italiano traduzcan normas que contienen una imposibile simbiosis.

Un ejemplo emblemático de este fenómeno -que felizmente no llegó a cristalizarse- está constituido por el artículo 5 del anteproyecto de disposiciones generales de los contratos⁽⁷⁾, que luego fue recogido por el artículo 1374 del proyecto definitivo presentado por la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936⁽⁸⁾. Dicha norma fue tomada del segundo párrafo del artículo 1322⁽⁹⁾ del Código de Italia, que consagra lo que la doctrina de aquel país en forma

-
- (5) Es por todos conocido que la influencia que ejerció el Código Napoleón en las codificaciones del siglo pasado no se limitó al orden de las materias o las soluciones contenidas en el texto de la ley. El Código francés trajo mucho más que eso; trajo una actitud, en enfoque, en fin, un método de analizar e investigar el derecho: el método exegético. Método según el cual la doctrina del Derecho Civil empieza y termina en el Código Civil y cuya exposición de pensamiento sólo puede adoptar el orden fijado por la secuencia numérica de la ley, pues expresa una absoluta identificación entre el saber del civilista y el conocimiento del Código. Dentro de este orden de ideas puede pues observarse sin dificultad que el método jurídico se presenta como una clara dialéctica en la relación entre Derecho Civil -como disciplina científica y campo determinado de conceptos- y Código Civil que es la materia de estudio y de investigación. El Código, en efecto, está ya ordenado en base a un sistema previamente elegido por el legislador de modo tal que al jurista se le presenta la alternativa de adecuarse al orden inmanente en el objeto de estudio o de trascender tal orden y descubrir afinidades y conexiones no reveladas por la letra de la norma ni por su disposición numérica. La escuela exegética resuelve el dilema en el primer sentido. Y de aquella sentencia que se atribuye a Jean-Joseph Bugnet «yo no conozco el Derecho civil, yo no enseño más que el Código Napoleón», no parece haberse librado la doctrina italiana. No puede sorprender por ello, que 1865, año en que se promulga el Código italiano (que entró en vigencia el 1 de enero de 1866 y que fue abrogado por el de 1942) se considere como el inicio del dominio del método exegético en aquel país. Natalino Irti, a quien corresponde la paternidad de estos datos, resume el fenómeno en Italia del siguiente modo: «fidelidad al texto legislativo y a los modelos franceses; riqueza de referencias jurisprudenciales; adhesión al orden del código; incapacidad de reagrupar las normas en unidades más amplias, y salir así del análisis a conceptos más generales, susceptibles de aplicación a casos no regulados y de expansión a otras ramas del saber jurídico. El derecho civil está encerrado en la letra del código, privado de nexos con las otras disciplinas: falta en los textos de la ley (y la doctrina no osaría construirlo) un instrumental común, un cuerpo de conceptos y de teorías utilizables en todo campo de nuestro trabajo». (Voz «Diritto Civile» en: *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, Vol. VI, UTET, Torino, 1990, pág. 131. Es útil consultar estas páginas de Irti para un mayor detalle de los datos históricos consignados en esta nota y en general para una visión interesante y sintética de la evolución del Derecho Civil italiano).
- (6) El dominio del método exegético, en efecto, muy pronto llegó a su ocaso en Italia. Se considera, aunque es un dato convencional, que el año 1881 marca la crisis del referido método y la introducción vigorosa del método sistemático y la influencia poderosa y proficua del pensamiento jurídico alemán. En realidad, la influencia alemana se extiende a todos los campos de la cultura y los estudiosos empiezan a frecuentar las aulas universitarias alemanas para llevar más tarde las enseñanzas de sus grandes maestros. En lo que Irti denomina un férvido y fecundo proceso de recepción, se lee y traduce las grandes obras de sistematización del derecho alemán (Vittorio Scialoja traduce «El Sistema» de Savigni; Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa traducen el «Tratado de las Pandectas» de Bernhard Windscheid). Son significativas las palabras de Emanuele Gianturco en una obra publicada en 1881 que marca el hito del cambio metodológico en Italia. Italia, que se ha apartado de la comunidad científica de las otras naciones tiene el deber -puntualiza Gianturco- de salir del angosto provincialismo y de la servil imitación de los modelos franceses. La escuela italiana del Derecho Civil sólo puede nacer de una reforma de método, que sustituya a la perezosa exégesis la audaz y libre construcción del sistema. Asimilada y difundida la moderna cultura extranjera (y en especial la alemana) -concluye-, la universidad italiana estará en grado de mostrar la gran superioridad del método sistemático como instrumento de investigación y medio de exposición del Derecho. El aspecto central de la revolución del método, revela Irti, consiste en la convicción de que la exégesis del texto no agota la tarea del jurista pues es parcial y fragmentaria, incapaz de captar la unidad de los institutos en la variedad de los casos particulares, y por ello de elaborar principios susceptibles de aplicación a hipótesis no disciplinadas. La exégesis no es toda la ciencia del Derecho Civil sino fase preliminar e introductoria, ciertamente necesaria pero no suficiente. Si cediésemos a la tentación de cerrar en una fórmula la nueva orientación de método, concluye Irti, diríamos que se funda y exalta la autonomía de la lógica jurídica, la cual es libre de romper el orden del Código, de sobreponerse a la extrínseca sucesión de los artículos, en suma de obedecer a cánones de coherencia y de racionalidad ignorados por el legislador.
- (7) *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*. Tomo II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1980, pág. 422.
- (8) La norma, que finalmente no fue recogida en el Código vigente, tenía el siguiente tenor: «Las partes pueden celebrar contratos de derecho privado que no tengan una disciplina especial según este Código u otras leyes, siempre que estén destinados a regular obligaciones patrimoniales merecedoras de tutela según el ordenamiento jurídico». De cualquier modo, el texto era desafortunado desde que colocaba como centro del juicio de merecimiento de tutela a las obligaciones, en lugar de los intereses como hace el modelo de donde se tomó. La disposición busca delimitar el ámbito de la autonomía privada y por lo tanto se trata de establecer si el interés privado merece reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico y puede ser tutelado mediante la creación de una obligación u otro efecto contractual.
- (9) El segundo párrafo de aquel artículo tiene el tenor siguiente: «Las partes pueden concluir también contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, con tal que estén dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico».

unánime postula como la causa objetiva de los contratos atípicos, es decir, el reconocimiento de la autonomía privada dentro de los límites del juicio de merecimiento de tutela de los intereses privados por parte del ordenamiento jurídico⁽¹⁰⁾. Pues bien, después de plasmar esta disposición, el legislador declara paladinamente en la exposición de motivos de su anteproyecto a propósito de las normas sobre licitud de la causa, que el causalismo que él sostiene «...está construido en base al motivo determinante, concreto, mediato y personal, esencialmente psicológico y subjetivo, que puede variar de contrato en contrato y se afirma básicamente en las teorías de dos prominentes juristas franceses: Capitant y Josserand.» Como puede observarse, el legislador imbuido de una clara **concepción subjetiva de la causa** cara a la doctrina francesa, se valía para diseñar el sistema -en un intento que no prosperó- de un precepto que en el Código Civil italiano recoge y consagra la **teoría objetiva de la causa**.

Otro botón de muestra puede encontrarse -esta vez sí en el Código- en el tratamiento dual que se le ha dispensado al objeto del contrato. En efecto, el simple acercamiento a las normas permite inferir rápidamente que los artículos 1403 y siguientes señalan a la obligación como objeto del contrato; más aun, los artículos 1403 y 1407 lo dicen expresamente. Esta teoría también pertenece a la doctrina francesa y aunque pueda resultar discutible, tenía el mérito -por lo menos- de guardar coherencia con la propia concepción y alcance que el Código francés y los juristas clásicos atribuyeron al contrato. Recuérdese que por -innecesaria- fidelidad a la tradición romana, el Código Napoleón concibió al contrato únicamente como fuente de obligaciones⁽¹¹⁾, de modo que dentro de esa perspectiva todo contrato puede tener una o más obligaciones como objeto. Sin embargo, ya a mediados del siglo pasado la noción y la

propia función del contrato experimentan un redimensionamiento para comprender -además- las vicisitudes modificadora y extintiva de la relación de obligación e incluso, eventualmente, otros efectos jurídicos⁽¹²⁾. Pues bien, el artículo 1351 de nuestro Código, transcribiendo casi literalmente la definición que contiene el artículo 1321 del Código italiano vigente, recoge esta ancha concepción tipificando al contrato como instrumento apto para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Tenemos en resumen el artículo 1352 que define el contrato de modo que puede crear, pero también regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas; y otros artículos como el 1403 y 1407 que nos dicen que el contrato tiene como objeto la obligación creada por él. Pero qué obligación puede ser el objeto de un contrato que se limita a extinguir una obligación que por lo demás ya habría sido -dentro de esta concepción- objeto del contrato que la creó -si es que no tuvo una fuente distinta-. Para salvar este problema el legislador sacó de la manga el precepto que contiene el artículo 1402 que explícitamente señala que el contrato tiene por objeto crear, regular, modificar o extinguir obligaciones. Entonces, ¿el objeto del contrato es la obligación por él creada o la virtualidad de crear, regular, modificar o extinguir obligaciones? ⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾

Estos ejemplos -que no son los únicos- ponen de manifiesto cómo el legislador ha recurrido a preceptos del Código Civil de Italia pero embargado por una filosofía distinta propia del derecho francés clásico, que no ha podido reprimir. Precisamente el contrato a favor de tercero es un instituto jurídico que tal como está legislado en nuestro Código, nos abre la puerta y nos invita a reflexionar acerca de este dilema. Por eso, en las líneas que siguen nos proponemos poner de manifiesto cómo es que algunas de las normas relativas a la referi-

(10) Las citas podrían ser innumerables. Véase a título de ejemplo, MIRABELLI, Giuseppe. «Dei Contratti in Generale». En: Commentario del Codice Civile. UTET, Torino, 1980, págs. 29 y 30. SCOGNAMIGLIO, Renato. «Dei Contratti in Generale». En: Commentario del Codice Civile, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro It., Bologna-Roma, 1970, págs. 24 y ss.; también págs. 306 y ss. MICCIO, Renato. I Diritti di Credito, Vol. II, parte 2, UTET, Torino, 1977, pág. 184. GALGANO, Francesco. «Il Negozio Giuridico». En: Trattato di Diritto Civile e Commerciale, Vol. III, Tomo 1, Giuffrè, Milano, 1988, págs. 85 y ss.; también del mismo autor en: Diritto Civile e Commerciale, Vol. II, Tomo 1, CEDAM, Padova, 1990, págs. 170 y ss. CATAUDELA, Antonino. I Contratti; parte generale. Giappichelli, Torino, 1990, págs. 100 y ss. ROPPO, Enzo. «Voz Contratto». En Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile, Vol. IV, UTET, Torino, 1993, pág. 118.

(11) El artículo 1101 del Code define al contrato como la convención por la cual una o más personas se obligan frente a una o varias otras, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa. Es claro que si -dentro de esta perspectiva, hoy anacrónica- la función del contrato se agota en ser fuente de obligaciones, puede predicarse que todo contrato tendrá como objeto la o las obligaciones que crea.

(12) Ya el Código Civil italiano de 1865, no obstante la profunda influencia francesa que experimentó, consagró esta noción amplia de contrato.

(13) A lo que en doctrina se denomina vicisitud de la obligación o más en general de la relación jurídica; véase sobre este particular ALLARA, Mario. Pagine di Teoria delle Vicende del Papporto Giuridico, a cura di Carlo Sarasso. Giuffrè, Milano, 1983.

(14) El problema se agrava si se considera que el artículo 140 de nuestro Código parece haber contemplado un objeto distinto.

da figura se orientan claramente -por el camino trazado primero por el Código Civil alemán y más tarde por el italiano- hacia una admisión clara y directa de la verdadera figura del contrato a favor de tercero, es decir, de aquel contrato celebrado entre estipulante y promitente que produce efectos -únicamente favorables- en la esfera jurídica de un tercero que no participa en ninguna etapa de esa vicisitud; y otras normas en cambio, parecen perfilar una posición -de clara raigambre francesa- abiertamente opuesta y por tanto incompatible con la anterior, postulando la necesaria intervención del tercero para que el derecho estipulado en su favor pueda ingresar a su esfera jurídica.

Por otro lado, no nos parece inútil puntualizar ahora, que el contrato a favor de tercero es un importante elemento de análisis de la noción y amplitud de la autonomía que el ordenamiento otorga a los particulares (autonomía privada) pues nos permite apreciar la extensión de los efectos que puede generar el contrato y la repercusión de éstos en la esfera jurídica de las partes y en la de los terceros. En consecuencia, este análisis, al lado del de la promesa unilateral, del de la condonación de la deuda y acaso del denominado pago por tercero puede permitir establecer -y anticipamos que lamentablemente no es así- si en nuestro Código se encuentra inmanente una clara y homogénea orientación sobre el alcance que tiene el negocio jurídico -y por tanto la autonomía privada-, y más en general la actuación individual, con relación a la esfera jurídica ajena.

II. LOS ORÍGENES.

Existe, como es sabido, un principio jurídico inveterado que proclama que los efectos del contrato no pueden extenderse más allá de las partes que lo celebran, y eventualmente de sus herederos cuando se trata de efectos que son transmisibles por herencia. Tal principio de aceptación universal se encuentra recogido en el artículo 1363 de nuestro Código Civil vigen-

te⁽¹⁵⁾, y el brocárdico latino que lo resume -*res inter alios acta aliis nocere neque prodesse potest*- nos pone de manifiesto su milenarismo abolengio.

El referido principio encontraba un feliz complemento en la prohibición que el derecho romano imponía con respecto a la estipulación por otro -*nemo alii stipulari potest*-. Dentro de este orden de ideas, debían ser las propias partes las que celebraran directa y personalmente sus contratos pues si bien podían emplear mensajeros para transmitirse sus declaraciones, la representación directa como hoy la conocemos no fue en general admitida en el Derecho Romano⁽¹⁶⁾, el que sólo conoció como regla general la representación indirecta en cuya virtud el representante se vinculaba personalmente con el tercero y más tarde tenía que transmitir al *dominus negotii* la situación jurídica que había adquirido como consecuencia del negocio jurídico celebrado⁽¹⁷⁾. Lentamente el rigor de este principio fue atenuándose por las exigencias de la vida práctica y por la labor del criterio pretoriano.

Parece existir un cierto consenso en la doctrina en admitir que la falta de reconocimiento y aceptación del instituto general de la representación directa no pudo sino conducir inexorablemente al rechazo del más restringido fenómeno de la estipulación a favor de tercero⁽¹⁸⁾, al menos en cuanto concierne precisamente a los efectos derivados del contrato para el tercero. El derecho romano clásico no alcanzó a apreciar la extensa separación entre lo que podía significar estipular a favor de tercero pero en nombre propio, y estipular no sólo a favor de tercero sino también en nombre de éste. Acaso por ello, Díez-Picazo⁽¹⁹⁾ sostiene que sólo cuando el fenómeno de la representación directa comenzó a adquirir autonomía científica, la genuina figura del contrato a favor de tercero pudo ser construida con independencia.

Cabe advertir, que el contrato tenía como función normal la de ser el instrumento mediante el cual las partes -pero sólo ellas- establecían sus derechos y obli-

(15) La misma disposición recogieron el artículo 1329 del Código Civil de 1936 y el artículo 1260 del Código Civil de 1852.

(16) JÖRS, P. y KUNKEL, W. Derecho Privado Romano. Traducción de L. Pietro Castro, Editorial Labor S.A., 1937, pág. 144. PETIT, Eugène. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducción de José Ferrández González, Editorial Nacional, México, 1963, pág. 415.

(17) JÖRS, P. y Kunkel, W. Op. cit., pág. 145. PETIT, Eugène, Op. cit., pág. 415.

(18) DíEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. I, Tecnos, Madrid, 1979, pág. 270. PUIG BRUTAU, José. Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II, Vol. I, Doctrina General del Contrato, Bosch, Barcelona, 1978, pág. 279. JÖRS, P. y KUNKEL, W. Op. cit., pág. 144, nota 3. MESSINEO, Francesco, «Il Contratto in Genere». En Trattato di Diritto Civile e Commerciale, diretto da Cicu e Messineo, Vol. XXI, Il Contratto in Genere, T. 2, Giuffrè, Milano, 1972, pág. 127. ENNECCERUS, Ludwig, Tratado de Derecho Civil, Tomo 2, Derecho de obligaciones, revisado por Lehmann, Vol. primero, traducción de Pérez Gonzáles y Alguer, pág. 172.

(19) DíEZ-PICAZO. Op. Cit., pág. 271.

gaciones; lo que mueve a las personas a contratar es el interés en adquirir para sí (*ut alii detur nihil interest mea*)⁽²⁰⁾. De otro lado, según los principios romanos, toda obligación debe procurar al acreedor una utilidad apreciable en dinero: sin interés pecuniario no hay acción⁽²¹⁾. Entonces, el contrato a favor de tercero era nulo por dos órdenes de razones; la nulidad del contrato a favor de tercero entre las partes encontraba su adecuado fundamento en la total ausencia de un interés -pecuniario- en el estipulante lo que por añadidura evitaba que éste adquiriera acción contra el promitente. El estipulante no tiene interés propio en que se ejecute una prestación que está destinada a beneficiar a un tercero. En lo que al tercero concierne, el contrato era también nulo por el simple hecho de que él no había participado en su celebración y la prohibición impuesta por el *nemo alteri stipulari potest* no le permitía alcanzar los efectos del contrato⁽²²⁾. Pacchioni⁽²³⁾ relata que a tenor de una famosa constitución romana el estipulante a favor del tercero nada adquiere para sí porque estipulando para el tercero nada quiere para sí adquirir; pero tampoco adquiere el tercero porque para éste quisiera sí adquirir pero no puede.

Pero si bien esta regla general no fue subvertida, la práctica puso de manifiesto algunos inconvenientes serios y su acentuado rigor fue experimentando atenuaciones con el transcurso del tiempo. En lo que al estipulante se refiere, la propia justificación de la nulidad sirvió para mostrar la senda de las excepciones. Si la falta de interés pecuniario invalidaba la operación, la constatación de la existencia de tal interés permitió su admisibilidad, y la concesión de acción al estipulante para constreñir al promitente a la ejecución de la prestación frente al tercero. Así, se consideró válida la estipulación que imponía al promitente la ejecución de una prestación que el propio estipulante estaba obligado a cumplir frente al tercero⁽²⁴⁾, y más tarde se llega a admitir la validez de la estipulación entre las partes

cuando la prestación al tercero presente un interés cualquiera para el estipulante. Pero como la valoración de la existencia de un tal interés presentaba una dificultad seria de vencer, Justiniano interviene para sugerir el pacto de una cláusula penal -*stipulatio poenae*- en favor del estipulante para el caso de incumplimiento por parte del promitente. En tal sentido, resultó válida entre las partes toda estipulación en favor de tercero en la que se hubiere convenido el compromiso del promitente de pagar una suma de dinero al estipulante si el primero no cumplía sus obligaciones para con el tercero.

*“Parece existir un cierto
consenso en la doctrina en admitir
que la falta de reconocimiento y
aceptación del instituto general de
la representación directa no pudo
sino conducir inexorablemente al
rechazo del más restringido
fenómeno de la estipulación a
favor de tercero...”*

En lo que concierne al tercero, la evolución fue más cautelosa. Un segmento significativo en la doctrina⁽²⁵⁾ coincide en que las excepciones a la nulidad de la estipulación frente al tercero alcanzaron únicamente a dos hipótesis. La primera consistente en la donación en la que se estipulaba la obligación a cargo del donatario de ejecutar una carga en beneficio de un tercero; y la

(20) IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Ariel, Barcelona, 1972, pág. 389.

(21) PETIT, Eugène. Op. cit., pág. 346.

(22) PACCHIONI, Giovanni. Diritto Civile Italiano. parte 2, vol. II, Dei Contratti in Generale, CEDAM, Padova, 1939, pág. 260. JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Tomo II, Vol. I, Teoría General de las Obligaciones, Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, Bosch y Cía. Editores, EJE, Buenos Aires, 1950, pág. 195. MESSINEO, Francesco. Op. cit., pág. 127.

(23) PACCHIONI, Giovanni. Op. cit., pág. 261.

(24) Es el caso del tutor que confiaba a un administrador la gestión del patrimonio del pupilo -a la que él mismo estaba obligado-, estipulando tal administración en favor del pupilo. Se consideraba que el tutor tenía interés propio en que el administrador cumpliera fielmente su gestión porque el tutor seguía siendo responsable frente al pupilo.

(25) PACCHIONI, Giovanni. Op. cit., pág. 262. IGLESIAS, Juan. Op. cit., pág. 389. MAZEAUD, Henri, León y Jean, Lecciones de Derecho Civil, parte segunda, Vol. III, Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, EJE, Buenos Aires, 1960, pág. 63.

segunda, la constitución de dote en la que el constituyente estipulaba con el marido que de disolverse el matrimonio éste restituiría los bienes dotados a la mujer o a otro tercero. Algunos autores⁽²⁶⁾ afirman que en el derecho justinianeo las excepciones se incrementaron al caso del acreedor pignoraticio que al momento de vender la prenda se hace prometer por el comprador que si el deudor paga a éste el dinero del precio, le permitirá recuperar la cosa; al que dio en arrendamiento un fundo y después lo vende, pactando con el comprador que respetará al arrendatario; y, en fin, al comodante o depositante de una cosa ajena que se hace prometer del comodatario o del depositario la restitución al propietario.

Pacchioni afirma que de un lado resulta por lo menos dudoso si las excepciones fueron admitidas en la época clásica, en la post-clásica o sólo en la justiniana mediante la interpolación de los textos correspondientes; y, del otro, agrega que es controvertido qué número y qué verdadero contenido tuvieron tales excepciones.

El panorama no cambia mucho durante la Edad Media y en el derecho canónico. Aun cuando los antiguos autores son bastante imprecisos, todo parece indicar que se produce una tendencia muy marcada a admitir la regla romana y, eventualmente, a ampliar las excepciones ya admitidas a la referida regla⁽²⁷⁾. No obstante, sentencia Pacchioni con convicción, estas excepciones no comprometen en modo alguno sino que decididamente confirman la regla de la nulidad, la misma que debe considerarse traspasada por tradición histórica más que milenaria al sistema de la ley vigente⁽²⁸⁾. En efecto, la influencia de Pothier impone en el Code la regla de la nulidad -sustentada en la falta de interés- de la estipulación a favor de tercero, y su excepcional validez cuando la ventaja que se quiere procurar al tercero procede como la condición de una convención que el estipulante hace para sí mismo, ya

como carga de una liberalidad dirigida por el estipulante al promitente⁽²⁹⁾. El Código francés, como ya ha habido ocasión de puntualizar líneas atrás, sirve de guía rigurosa prácticamente a todos los códigos del siglo pasado.

III. LA *FATTISPECIE* DE LA FIGURA EN LA DOCTRINA CLÁSICA FRANCESA.

La tradición milenaria de la que habla Pacchioni, que concede al dogma de la intangibilidad de la esfera jurídica del tercero la fuerza que el tiempo pasado puede ejercer en el ser humano, por lo general poco proclive al cambio, viene a encontrar en el siglo XVIII un aliado sumamente poderoso: la Escuela Filosófica del Derecho Natural, que ubicó en la libertad basada en la voluntad del individuo el fundamento mismo del Derecho y en particular del Derecho Privado. De este modo, se postula que el individuo al ser libre por esencia, sólo puede obligarse por su propia voluntad, que es la que lo determina a contratar, a elegir a la persona del otro contratante y a establecer los términos en que habrá de hacerlo. En consecuencia, la obligación contractual encuentra su única fuerza en la voluntad de las partes de suerte tal que el poder vinculante del contrato no es obra del ordenamiento o del legislador sino de la voluntad individual⁽³⁰⁾. La justicia y la conveniencia de este postulado descansaban en la propia esencia de la libertad. El adagio: «Decir libre es decir justo» se explica en el hecho de que la razón del ser humano impedirá que dirija su voluntad a afectar sus propios intereses de manera que un acuerdo libremente alcanzado satisface adecuadamente los intereses de las partes y es, por definición, justo⁽³¹⁾.

Dentro de este orden de ideas, 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

(26) IGLESIAS, Juan. Op. cit., pág. 390.

(27) MAZEAUD, Henri, León y Jean. Op. cit., pág. 63. PUIG PEÑA, Federico. Tratado de Derecho Civil Español. T. IV, Vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, págs. 79 y 80.

(28) La obra en donde Pacchioni nos ofrece el punto de vista citado en el texto fue publicada en 1939 (ver nota 22) y escrita, como es obvio, dentro del contexto del Código Civil italiano de 1865.

(29) JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Tomo II, Vol. I, Teoría General de las Obligaciones, Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, Bosch y Cía. Editores, EJE, Buenos Aires, 1950, págs. 196-197. El artículo 1121 del Código francés establece que «Se puede paralelamente estipular en provecho de un tercero, cuando esa sea la condición de una estipulación que se hace para sí mismo o de una donación que se hace a otro. El que ha hecho esta estipulación no puede revocarla, si el tercero ha declarado que quiere aprovecharla».

(30) STIGLITZ, Rubén. En: Contratos, teoría general, T. I, Stiglitz, R. director, Depalma, Buenos Aires, 1990, págs. 516 y 517.

(31) STIGLITZ, Rubén. Op. cit., pág. 519.

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.

Lo anterior nos permite comprender sin mayor dificultad porqué la configuración clásica del contrato a favor de tercero, en tanto que produce una afectación en la esfera jurídica de éste, no pudo desembarazarse de algún mecanismo que asegure la necesaria declaración por parte del tercero, involucrándolo en algún momento del proceso de formación del contrato o de perfección del mismo. Veamos muy brevemente las más importantes teorías que la doctrina esbozó para configurar dentro de esta línea de pensamiento el contrato a favor de tercero:

a) La teoría de la oferta⁽³²⁾ por ejemplo, probablemente una de las más antiguas formulaciones del contrato a favor de tercero, explicaba que en rigor, los contratantes no atribuyen inmediatamente un derecho al tercero sino que se limitan a hacerle una oferta contractual que sólo de ser aceptada por éste da nacimiento a otro contrato del que derivará el derecho del tercero⁽³³⁾. De acuerdo con esta tesis, la *fattispecie* del instituto se estructuraba mediante la vinculación indesligable de dos contratos distintos. El primero -que daría nacimiento a la relación de cobertura- celebrado entre el estipulante y el promitente se limitaba a crear una obligación que ambos contratantes asumen a su cargo, consistente en mantener una promesa que hacen a un tercero por si éste quiere aceptarla; si así fuera, se forma un segundo contrato entre el tercero y los dos contratantes originales, surgiendo así el derecho del tercero⁽³⁴⁾.

b) La teoría de la cesión de créditos es prácticamente una derivación de la anterior. Se sostiene que en virtud del contrato, el promitente atribuye un derecho al estipulante cuya cesión éste ofrece al tercero. Si el

tercero acepta la oferta del estipulante se formaría un segundo contrato en mérito al cual el tercero adquiriría el derecho.

c) La teoría de la gestión de negocios pretende que el estipulante celebra con el promitente un contrato en calidad de gestor del tercero, que éste aceptaría más tarde y que, en tal caso, supondría una ratificación que convertiría la gestión en mandato y produciría la adquisición del derecho por parte del tercero.

d) La teoría de las condiciones postula que el contrato a favor de tercero celebrado entre estipulante y promitente genera un derecho a favor del tercero pero sometido a la condición suspensiva de que el tercero acepte el derecho -lo que determinaría su ingreso a su esfera jurídica-, y sometido a la condición resolutoria de que el estipulante no lo revoque, lo que determinaría su extinción.

e) Por último, pretendiendo vestirse con las ropas de la nueva teoría del derecho directo, fruto del pensamiento jurídico alemán, se elaboró la teoría de la *condicio iuris*⁽³⁵⁾ sosteniendo que si bien el derecho estipulado en beneficio del tercero nace directamente del contrato celebrado entre el estipulante y promitente, tal derecho surge y es adquirido por el tercero sólo cuando emite una declaración de aceptación que constituye por tanto una *condicio iuris* -requisito o condición legal-.

Puede resultar significativo destacar que la teoría de la *condicio iuris* que el legislador parece haber compartido no ha tenido una formulación homogénea. Pacchioni, su mentor, predicaba que la aceptación del tercero determinaba la eficacia del contrato y por tanto el surgimiento del derecho dentro de su patrimonio. Sin embargo, De la Puente⁽³⁶⁾ afirma que otro sector doctrinario, dentro del cual ubica a Albaladejo y Bonet, sostiene que la declaración del tercero es un **requisito legal (*condicio iuris*) para que pueda exigir el derecho** mas no para el nacimiento del mismo desde que esto ocurre por razón del contrato entre el estipulante y promitente⁽³⁷⁾.

Como puede observarse, o bien la declaración

(32) Atribuida por algunos a Laurent. JOSSERAND, Louis. Op. cit., pág. 214.

(33) Loc. cit.

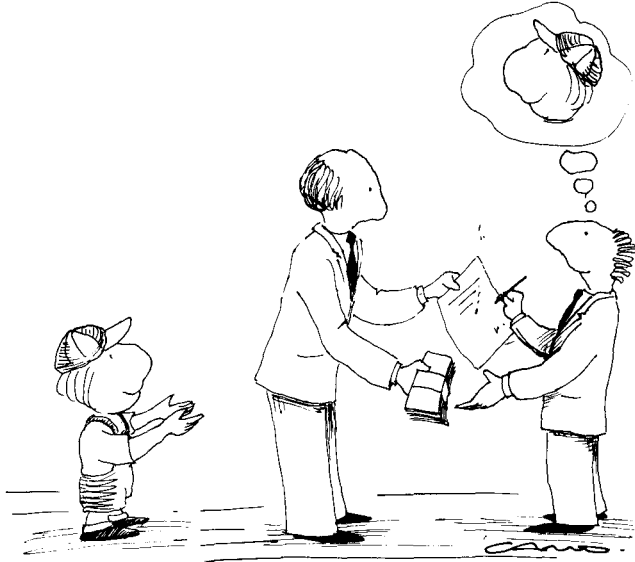
(34) COSSÍO, Alfonso. Instituciones de Derecho Civil. Tomo. 1, Alianza Universidad, Madrid, 1977, pág. 279.

(35) PACCHIONI, Giovanni. Op. cit., págs. 269 y 270.

(36) DE LA PUENTE, Manuel. Estudios del Contrato Privado. Tomo II, Cultural Cuzco, Lima, 1983, pág. 246.

(37) La posición de Albaladejo no parece ser tan clara desde que sostiene que el tercero sólo adquiere el derecho a que se realice la prestación a su favor (y en adelante puede exigir tal realización el estipulante y él) cuando antes que haya sido revocada, hace saber su aceptación al obligado (Derecho Civil T. I, Vol. II, Bosch, Barcelona, pág. 453). Cuando Albaladejo señala que la aceptación del tercero determina que éste adquiera el derecho a que se realice la prestación a su favor, pareciera sostener que tal declaración determina que adquiera el derecho de crédito y no sólo que el referido derecho -ya adquirido por él- devenga exigible.

del tercero integra el supuesto de hecho contractual con la consecuencia de que se convierte en verdadera parte del contrato del que deriva su derecho -lo que viene a constituir una auténtica negación de la figura que se pretende perfilar-, o por lo menos el tercero participa en la producción de efectos del contrato, de manera que la adquisición de tales efectos se deriva de la propia actuación del tercero. En definitiva, el derecho estipulado en favor del tercero no ingresa a su esfera mientras éste no lo admita de manera explícita mediante una declaración de voluntad que puede operar en planos distintos según la concepción de que se trate.



No interesa ahora formular una crítica a estas distintas orientaciones, de lo que, por lo demás, la doctrina ya se ha ocupado con todo detalle; interesa más bien destacar que de cualquier modo, la concepción clásica, para guardar coherencia con los postulados de la autonomía de la voluntad y del principio de la absoluta intangibilidad de la esfera jurídica ajena, necesita estructurar el instituto del contrato a favor de tercero con una declaración de éste que o bien integra la estructura misma del contrato del que deriva su derecho, o determina el surgimiento del derecho a su favor, o, por último, produce el ingreso a su patrimonio del derecho ya creado como consecuencia del contrato.

IV. LA *FATTISPECIE* DE LA FIGURA EN LAS DOCTRINAS ALEMANA E ITALIANA. LA TEORÍA DEL DERECHO DIRECTO.

Pero los presupuestos filosóficos fueron cambiando paulatinamente y con ellos la propia concepción de la autonomía de la voluntad. En efecto, como ya se ha anticipado, tal autonomía constituía un poder creador de la voluntad en el campo de las relaciones jurídicas, atribuyéndose al derecho objetivo un valor muy modesto y accesorio, de simple defensa de los preceptos creados por la voluntad privada⁽³⁸⁾. Como indica Osti, la única preocupación consistía en tutelar la libre colaboración económica de los sujetos a través de la espontánea composición de los intereses en conflicto en un equilibrio contractual asegurado pura y simplemente por el concurso y con el acuerdo de las voluntades de los interesados, ignorando que el equilibrio pudiese ser meramente formal y no se presentara en la base de las relaciones aquella paridad de fuerzas de los contratantes que está en la base del principio de libre competencia⁽³⁹⁾.

Sin perder de vista la relevancia que la voluntad individual tiene como factor de iniciativa, de determinación y de evaluación de los propios intereses, el eje central del sistema se desplaza hacia una ponderación de la organización social (y económica), y del individuo como un agregado de aquélla. El ordenamiento debe procurar una convivencia pacífica de la persona, lo que supone necesariamente una interrelación constante con los demás. Lo que justifica entonces la autonomía del particular no es más su propia voluntad como si tal autonomía tuviera que ser reconocida como un atributo de su personalidad, sino como sistema de organización socioeconómica que permite canalizar y brindar tutela jurídica a las relaciones intersubjetivas que mediante la cooperación procuran el intercambio de bienes y servicios y con ello la satisfacción de intereses privados⁽⁴⁰⁾. A ello se debe que esta autonomía deba estar limitada y retroceder en consecuencia, en todos aquellos casos en que la propia organización y el funcionamiento del sistema puedan resultar entorpecidos por actos o contratos «libremente» estipulados⁽⁴¹⁾.

(38) OSTI, Giuseppe. «Voz Contratto». En: *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. IV, UTET, Torino, 1957; ahora también en *Scritti Giuridici*, T. II, Giuffrè, Milano, 1973, pág. 709.

(39) OSTI, Giuseppe. Op. cit., pág. 710.

(40) Aun cuando no ha sido suficientemente destacado, esta es la razón por la cual la autonomía ha dejado de hacer referencia a la voluntad individual («autonomía de la voluntad») para predicarse ahora del sujeto -el privado- al cual viene atribuida: «autonomía privada».

(41) Dentro de este contexto, por ejemplo, se justifica que la ley prohíba y sancione -como lo hace el Decreto Legislativo No. 701- los actos o conductas relacionados con actividades económicas, que constituyan abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia de modo que se generen perjuicios para el interés económico general en el territorio nacional.

A la luz de estas circunstancias y siempre en el marco de un proceso de evolución constante no ha podido mantenerse inalterado el principio de la absoluta e irrestricta intangibilidad de la esfera jurídica del individuo. Mirabelli explica que en el fenómeno de la estipulación entre dos partes tendente a atribuir un derecho a un tercero, se encuentran frente a frente dos distintas concepciones de la autonomía privada, ambas válidas pero inconciliables. Si se piensa en la autonomía atribuida a los sujetos -comenta el referido autor- exclusivamente como poder de establecer un autorreglamento vinculante para los propios intereses en las relaciones con otros, no es posible admitir que de la actividad del sujeto puedan surgir efectos directos en la esfera jurídica de un tercero. Esta concepción, indica, es propia de los sistemas jurídicos fundados sobre bases individualistas. Si, por el contrario -agrega-, se ve en la autonomía privada el medio ofrecido al individuo para dar el mejor orden a sus propios intereses en relación a los intereses de todos los otros consociados, como medio de colaboración intersubjetiva más que como medio de autogobierno, no puede seguir apareciendo inconveniente que un sujeto obre de tal modo que ponga a disposición de un tercero una posición jurídica favorable, si en esa forma se satisface un interés merecedor de tutela. Esta es, concluye el ilustre magistrado italiano, la posición propia de los ordenamientos sensibles a las instancias sociales, y se explica así por qué en el derecho justinianeo se haya abierto alguna brecha en el rigor del *alteri stipulare nemo potest*, por qué intentos de admitir una acción al tercero beneficiario no hayan sido extraños a la elaboración del derecho intermedio, por qué incluso la figura del contrato a favor

de tercero ha encontrado pleno acogimiento en las codificaciones de tipo germánico y haya interesado a los juristas italianos y franceses de tiempos más recientes, ha sido acogida por la jurisprudencia en Italia superando los obstáculos derivados de las normas positivas, y ha hecho ingreso incontrastado en la codificación vigente, claramente inspirada en criterios de socialidad y colaboración⁽⁴²⁾.

Por si aquello no fuera suficiente, la realidad socioeconómica de fines del siglo pasado -y durante lo que va del presente- ha sufrido una transformación tan impresionante, que no puede no haber incidido en el sistema jurídico, presentándole nuevas -y distintas- exigencias de tutela, demandándole nuevas soluciones, imponiéndole, en suma, una necesaria adecuación⁽⁴³⁾. 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⁽⁴⁴⁾, tutelando más bien su libre determinación mediante la posibilidad de rechazarla⁽⁴⁵⁾.

Dentro de este orden de ideas, la doctrina alemana ha elaborado y el BGB ha recogido un esquema de contrato a favor de tercero con potencialidad para producir el efecto favorable en el tercero en forma directa e inmediata sin necesidad de participación alguna de su parte, dándole más bien el derecho de rechazar tal beneficio⁽⁴⁶⁾. Esta nueva corriente ha sido favorablemente acogida en diversas legislaciones del presente siglo y puede hoy considerarse predominante. Es el caso del Código Civil italiano de 1942 que debido a la influencia que ya pusimos de manifiesto líneas atrás, ha dado cabida en el segundo párrafo de su artículo 1411 a

(42) Mirabelli. Op. cit., págs. 437 y 438.

(43) La aparición de «la empresa» y una serie de factores nuevos que permiten su potenciación y desarrollo (la publicidad y los sistemas de comunicación de masas, el desarrollo de las telecomunicaciones, los grandes desarrollos tecnológicos, las nuevas fuentes y formas de energía, los sistemas de comercialización y distribución de bienes y servicios, etc.) han creado nuevas categorías subjetivas -la empresa y el consumidor- con características antes no vistas y que el ordenamiento jurídico no puede ignorar.

(44) Son ejemplos emblemáticos el del contrato de seguro de vida, el de responsabilidad civil y el contrato de transporte a favor de tercero. A estas hipótesis tradicionales puede agregarse novedosas formas de garantía o incluso modalidades del contrato fiduciario (véase los artículos 314, 321, 322 y 339 de la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros -Decreto Legislativo No. 770-).

(45) Briganti observa que a la luz de los cambios ocurridos en la realidad social y normativa actuales, no se puede no compartir la necesidad de redimensionar la tradicional configuración del principio de la absoluta e indiscriminada «intangibilidad» de la esfera jurídica ajena o, más ampliamente, de la esfera jurídica individual, de manera que debe admitirse que en el actual estado de desarrollo de la experiencia jurídica, en amplísima medida inspirada en el canon de la solidaridad, verdaderamente anacrónica aparece la tendencia a mantener firme el principio individualista de la intangibilidad de la situación jurídica de los terceros por obra de los contratantes en todo caso, y por lo tanto también en la hipótesis en que del negocio emane un efecto directo puramente favorable (en sentido jurídico) para el tercero (el interés del cual aparece adecuadamente tutelado a través del conferimiento al mismo del poder de rechazo) Fideiussione E Promessa Del Fatto Altrui, Edizione Scientifiche Italiane, 1981, págs. 85 y 86.

(46) El parágrafo 328 del BGB establece, en efecto, que por contrato puede ser estipulada una prestación a un tercero con el efecto de que el tercero adquiera de forma inmediata el derecho de exigir la prestación. El parágrafo 330 regula con los mismos alcances el contrato de seguro de vida, el de renta vitalicia a favor de tercero y las liberalidades con cargo a favor de tercero. Por su parte, el parágrafo 333 del código alemán dispone que si el tercero rechaza el derecho adquirido por el contrato frente al promitente, el derecho vale como no adquirido.

una norma que establece que salvo pacto en contrario el tercero adquiere el derecho contra el promitente por efecto de la estipulación. Tampoco pudo mantenerse al margen de esta orientación el Código Civil portugués que dispone en el inciso primero de su artículo 444 que el tercero a favor del cual se ha estipulado una promesa adquiere derecho a la prestación, independientemente de la aceptación⁽⁴⁷⁾.

IV. EL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984.

En forma previa no resulta inútil repetir que el legislador tenía sustancialmente dos modelos -incompatibles entre sí como puso de manifiesto Mirabelli- de los cuales podía servirse para diseñar el esquema del contrato a favor de tercero en el Código vigente, a saber: a) el modelo clásico francés, que supone un contrato celebrado entre estipulante y promitente y en cuya virtud éste se obliga a ejecutar una prestación en favor de un tercero; pero el derecho estipulado no ingresa en la esfera jurídica del tercero -la que se mantiene «intangibile»- para lo cual se requiere de una declaración del tercero que determine la adquisición del derecho estipulado; y, b) el modelo alemán, según el cual se requiere un contrato celebrado entre estipulante y promitente en favor de un tercero, quien adquiere en forma directa e inmediata el derecho estipulado en su favor, sin que deba declarar o participar en modo alguno, pero con el derecho de rechazar con efecto retroactivo el beneficio estipulado, consiguiendo, si así lo desea, expulsar el derecho ya adquirido por efecto de la estipulación y mantener su esfera jurídica intacta como si tal derecho nunca hubiese ingresado a ella. En consecuencia, en el modelo francés la declaración del tercero se necesita para que el derecho estipulado ingrese a la esfera del tercero, lo que el contrato no puede conseguir por sí solo. En el modelo alemán la declaración se necesita para que el derecho, que ya ingresó directamente por efecto del contrato, sea expulsado retroactivamente.

Pues bien, veamos qué cosa ocurre en nuestro Código vigente. El artículo 1457 describe que por el contrato a favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en bene-

ficio de una tercera persona, y exige que el estipulante tenga interés propio en la celebración del contrato.

Pero la norma que interesa comentar es la que contiene el artículo 1458. Según la primera parte del primer párrafo de este artículo, «El derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato». No se requiere mucho esfuerzo para descubrir la evidente influencia de la tendencia alemana, lo que encuentra explicación en el hecho que el legislador tomó como fuente el artículo 1411 del Código italiano vigente⁽⁴⁸⁾. En efecto, la norma trata del surgimiento del derecho que corresponde al tercero e indica que nace directamente, en otras palabras, el efecto consistente en la atribución de un derecho al tercero deriva del contrato sin necesidad de intermediación de ningún otro fenómeno; pero además, el precepto puntualiza expresamente que el derecho nace inmediatamente, esto es, que no hay solución de continuidad entre la causa y el efecto. En suma, el legislador no pudo encontrar una mejor dicción para establecer la teoría alemana del derecho directo de suerte que según esta parte del artículo 1458, el contrato a favor de tercero crea un derecho en beneficio del tercero que ingresa en su patrimonio como efecto exclusivamente del contrato, lo que tiene lugar además tan pronto como el contrato se celebra.

Ahora bien, como ya se ha dejado establecido, para diseñar coherentemente un sistema dentro del contexto de la corriente alemana, resulta imprescindible conceder al tercero un derecho de rechazo que le permita expulsar retroactivamente el beneficio que ya adquirió directa e inmediatamente del contrato y sin su propia participación, para que pueda mantenerse intacta su esfera jurídica si ese fuera su deseo. La retroactividad del efecto del rechazo no es de escasa importancia ya que la eliminación del derecho del tercero no tendrá lugar sólo desde el momento en que se produzca el rechazo sino que deberá entenderse el derecho como nunca adquirido de suerte tal que a partir del rechazo la esfera jurídica del tercero nunca habrá sido afectada.

Sin embargo, una declaración de rechazo con esta virtualidad no ha sido prevista por el legislador, ocasionando un defecto serio en el sistema. La única disposición en la que parece haberse previsto el referi-

(47) También se afilian a esta tendencia el Código de las Obligaciones Libaneses, el Código de las Obligaciones Suizo, el Código Civil de Brasil y el Código Civil de Bolivia.

(48) Así lo declara en la exposición de motivos al artículo 95 del anteproyecto de disposiciones generales de los contratos (ver: Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. Tomo II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1980, pág. 507), y se reitera en: Código Civil, VI, Exposición de Motivos y Comentarios, pág. 131; y, en: Exégesis, Tomo I, Contratos: Parte General, Studium, Lima, 1986, pág. 273.

do rechazo es el artículo 1460, que más bien se preocupa del destino del derecho y de la consecuente posibilidad del estipulante de exigirlo, en el caso en que el tercero no lo acepte. Aparte de que «no aceptar» -expresión que se usa en este artículo- no es la expresión más adecuada⁽⁴⁹⁾ para referirse al rechazo, no se prevé el efecto retroactivo. Seguramente, el espíritu francés que animaba al legislador no le permitió advertir que al servirse del modelo italiano adoptaba la teoría alemana y que, en consecuencia, una afectación directa del tercero, que era el sistema que estaba consagrando trasladándolo del Código italiano, requería poner a disposición de aquél la posibilidad de un rechazo con efecto retroactivo. Pensando todavía en la intangibilidad de la esfera del tercero, se preocupó únicamente por tutelar el interés del estipulante regulando la posibilidad de éste de exigir la prestación «no aceptada» por aquél, olvidando el interés del tercero.

“La dinámica de los negocios (...) 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”

El asunto se complica más cuando el mismo artículo 1458, después de consagrar la teoría del derecho directo, a punto seguido dispone que será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible. Esta oración introduce elementos de confusión porque recuerda la declaración a cargo del tercero que de acuerdo con la orientación francesa es necesaria para la adquisición del derecho por parte de éste, lo que ciertamente produciría una incoherencia en el esquema previsto. Curiosamente, sin embargo, de acuerdo con el sentido literal del precepto, la función de la declaración del tercero no consiste en hacerlo adquirir el derecho -que ya habría ingresado a su patrimonio como consecuencia directa e inmediata del contrato celebrado en-

tre estipulante y promitente- sino en que tal derecho sea exigible.

Es claro que el surgimiento de un derecho y su exigibilidad son dos cuestiones diferentes y el legislador parece haber regulado el momento de la exigibilidad de la prestación en favor del tercero, aspecto que, en principio, debería regirse por las estipulaciones del contrato, y que por lo demás no presenta mayor problema ni ha llamado la atención de la doctrina o de la jurisprudencia. Además, si las partes han previsto un plazo u otra circunstancia de la que dependa la exigibilidad del derecho del tercero, la mera declaración de éste no lo tornará exigible. Lo que ocurre es que el legislador peruano, al referirse a la declaración del tercero, ha utilizado una dicción semejante a la de algunos códigos como el argentino y el 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. Otra manifestación de la proclividad del legislador peruano por la teoría francesa se observa en el propio artículo 1458 (me refiero a la parte final de su primer párrafo), que asigna a la declaración del tercero un efecto retroactivo al momento de la celebración del contrato, retroactividad que no tiene mayor sentido en una declaración cuya función consiste simplemente en tornar exigible el derecho del tercero, y que más bien parece complemento de una declaración cuya función consiste en dar lugar al nacimiento de ese derecho de modo que se considere surgido al momento en que se celebra el contrato entre estipulante y promitente para eliminar de ese modo el período durante el cual el derecho habría sido *nullius*.

Después de este análisis, no es difícil imaginar porqué, como veremos a continuación, un autorizado sector de nuestra doctrina ha querido interpretar que esa declaración no es en realidad necesaria para determinar la exigibilidad del derecho por parte del tercero sino para producir su ingreso al patrimonio del mismo.

Tenemos entonces un sistema que consagra el surgimiento del derecho del tercero de manera directa e inmediata del contrato, pero que parece olvidar concederle un derecho de rechazo con carácter retroactivo; en cambio, prevé una declaración por parte del tercero que determina la exigibilidad del derecho con carácter retroactivo, que evoca la absoluta intangibilidad de la esfera jurídica del tercero, con claro sabor a la doctrina francesa clásica. Es evidente pues, que, como advertimos desde el principio, el instituto se ha diseñado con

(49) Obsérvese que no aceptar es en este contexto una expresión ambigua ya que tanto no acepta el que calla manteniendo una postura de total indiferencia frente a la estipulación, como el que manifiesta no querer el derecho; sólo esto último es rechazo.

el recurso a normas del Código italiano -con manifiesta e indiscutible filiación al sistema germano- pero con una clara e inconciliable impronta del pensamiento clásico francés.

Esta imposible síntesis de sistemas contrapuestos origina, como no podía ser de otra manera, una seria complicación en la tarea de interpretar con coherencia el contrato a favor de tercero y permite -con mayor o menor dificultad- la elaboración de tesis disímiles incluyendo aquellas que desean mantenerse dentro de la órbita tradicional.

La tesis de Manuel de la Puente es un claro ejemplo del intento de reconducir el esquema de nuestro Código al ámbito de la intangibilidad de la esfera jurídica del tercero, intento que, como veremos ahora, exige un esfuerzo tan desmesurado que seguramente no resulta exitoso. Según el más ilustre comentarista del derecho contractual peruano y además coautor del Código vigente, en el contrato a favor de tercero, éste no sería más que un simple tercero destinatario del pago, dentro del contexto del artículo 1224 del Código. Indica, en efecto, que la obligación es una relación jurídica en virtud de la cual una persona -el deudor- tiene el deber de ejecutar una prestación en favor de otra persona -el acreedor-, quien tiene la facultad de exigirla; y que la prestación es un comportamiento o conducta del deudor de la obligación, consistente en un dar, un hacer o un no hacer, tendiente a satisfacer el interés del acreedor⁽⁵⁰⁾. Normalmente -agrega este jurista- el deudor debe ejecutar la prestación en favor del acreedor, pero no existe inconveniente conceptual para que convencionalmente se estipule que el deber de prestación se ejecute a favor de un tercero autorizado como lo establece el artículo 1224 del Código Civil, lo que ocurre en el caso del contrato a favor de tercero en que de conformidad con el artículo 1457, el deber de prestación debe cumplirse en favor de un tercero autorizado⁽⁵¹⁾. No se trata, pues, -indica el autor citado- de una obligación asumida por el promitente frente al tercero, que determinará un correlativo derecho de éste, sino de la asunción por parte del promitente de lo que Roca Sastre llama «vocación de prestación», o sea una atribución de ejecutar la prestación a favor del tercero⁽⁵²⁾.

La verdadera situación, según De la Puente, 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, en favor del tercero. Nace del contrato, de esta manera, la atribución del promitente de practicar una determinada conducta, que puede consistir en un dar, en un hacer o en 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»⁽⁵³⁾. Para De la Puente, la posición doctrinaria correcta es aquella según la cual, «...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»⁽⁵⁴⁾.

Las razones que, en opinión de De la Puente, soportan su posición son, en síntesis, que del contrato nace un derecho del tercero a la prestación a cargo del promitente, que es, sin embargo ineficaz porque falta la aceptación del tercero; que entre el momento de la celebración del contrato y la aceptación del tercero, el derecho es *nullius* en el sentido que si bien existe, no se sabe si el tercero lo hará eficaz, ya que estamos en presencia de una prestación que no está precedida de una relación obligacional entre el promitente y el tercero; que la declaración del tercero no tiene el simple rol de evitar la revocación del derecho, sino de requisito para que la prestación ingrese en el patrimonio de aquél; que la revocación o modificación por el promitente cobra sentido sólo si se produce antes que el tercero se apropie de la prestación mediante su declaración, porque dicha prestación es aún *nullius*, no ha ingresado todavía al patrimonio de su único destinatario, de modo que es razonable que el estipulante, ante la inercia del tercero que no manifiesta interés en hacer suya la prestación, revoque o modifique la estipulación, pero después de la declaración del tercero de querer aprovecharse de la estipulación y el consiguiente ingreso de la prestación a su patrimonio, la revocación o modifica-

(50) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. En: Para leer el Código Civil. Vol. XV -segunda parte- Tomo V, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1993, pág. 452.

(51) Ibidem, págs. 452 y 453.

(52) Ibidem, pág. 454.

(53) Loc. cit.

(54) Ibidem, pág. 455.

ción es inoperante porque el estipulante no debe privar al tercero de algo que legítimamente le pertenece; que, en suma, la declaración del tercero constituye una *condicio juris*, o sea un requisito legal de eficacia cuya realización tiene por efecto el que a base del contrato, nazca a favor del tercero el derecho a exigir el cumplimiento⁽⁵⁵⁾.

Debo confesar con hidalguía y no sin algo de temor que no puedo seguir con claridad el discurso de De la Puente, al punto que su planteamiento me deja absolutamente perplejo. Acaso la explicación sea que no he sido capaz de darle al pensamiento del conspicuo comentarista una interpretación adecuada.

En primer lugar, no me parece posible sostener bajo ningún punto de vista que en el contrato a favor de tercero, la situación de éste es la que prevé el artículo 1224 del Código, es decir, la que corresponde a un tercero designado por el acreedor (al que un sector importante de la doctrina denomina tercero autorizado⁽⁵⁶⁾ o *adiectus solutionis causa*⁽⁵⁷⁾ para recibir el pago. Es verdad en efecto, que no es necesario ni siempre posible que el acreedor reciba personalmente la prestación a cargo del deudor y para esos casos se puede valer de un tercero a quien legitima para tal efecto. Pero el tercero así autorizado, que se convierte en tal caso en un destinatario del pago, lo es únicamente como un mero instrumento del que el acreedor se sirve para recibir la prestación. Precisamente en atención a la legitimación de la que hablábamos, la ejecución de la prestación frente al tercero autorizado es equivalente a la ejecución frente al acreedor y por lo tanto, extingue la obligación⁽⁵⁸⁾. Pero es importante recalcar, y en esto existe unanimidad en la doctrina⁽⁵⁹⁾, que el tercero es una persona del todo extraña a la relación obligatoria existente entre el deudor y el acreedor ya que de la autorización que el acreedor le confiere solamente deriva una legitimación -se trata de una legitimación derivada del titular de la situación jurídica subjetiva de crédito- para

que el tercero pueda recibir el pago, pero en ningún caso se origina en virtud de ella una relación de ningún tipo con el deudor ni por cierto genera en el tercero un derecho a exigir la prestación.

En cambio, es claro que en el caso del contrato a favor de tercero, éste adquiere un verdadero derecho frente al deudor (promitente), se convierte en acreedor y puede por lo tanto dirigirse contra el promitente para exigir la ejecución de la prestación. El propio De la Puente⁽⁶⁰⁾ admite y explica este fenómeno cuando señala que «Es esencial al contrato en favor de tercero que éste tenga derecho a exigir al promitente la ejecución de la prestación a cargo de éste. El contrato a favor de tercero se celebra precisamente con tal finalidad, esto es no sólo para beneficiar al tercero sino para que éste adquiera y ejercite el derecho creado en su favor». Entonces, si el tercero autorizado para recibir el pago no tiene derecho alguno contra el deudor y el tercero beneficiario del contrato a favor de tercero sí lo tiene, no veo cómo se pueden identificar ambas situaciones. El tercero autorizado recibe la prestación en virtud de una legitimación delegada por el acreedor y por ello en la mayor parte de los casos tendrá que entregar la prestación al acreedor que lo autorizó. En cambio, el tercero beneficiario del contrato a favor de tercero recibe la prestación personalmente por la legitimación que se deriva de su propia titularidad respecto del derecho de crédito, e incluso puede valerse de un tercero autorizándolo para recibir la prestación.

Ni siquiera ambas situaciones son identificables cuando se trata del tercero beneficiario por el contrato a favor de tercero antes de que acepte el beneficio y antes, por tanto, de que el derecho ingrese a su patrimonio -asumiendo ciertamente una posición clásica francesa en torno a la eficacia del contrato a favor de tercero que es la que, como vemos, patrocina De la Puente- porque en tal caso no sólo no será titular del derecho de crédito sino que tampoco será un tercero autorizado y

(55) Ibidem, págs. 455-458.

(56) SCHLESSINGER, Piero. El pago al tercero. Traducción de A. de la Esperanza Martínez-Radio, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, pág. 60.

(57) No es unánime la doctrina sobre si existe una plena identificación entre la figura del tercero designado o autorizado para recibir el pago y la del *adiectus solutionis causa*. Miccio («Delle Obbligazione in Generale». En: Commentario del Codice Civile. Libro IV, Tomo primo, UTET, Torino, 1982, pág. 137), por ejemplo, indica que muchos autores admiten la identificación y él mismo parece aceptarla); SCHLESSINGER. Op. cit., págs. 67 y ss.), por el contrario, da cuenta de algunos autores que no la admiten entre los que él se ubica.

(58) BRECCIA, Umberto. «Le Obbligazioni». En: Trattato de Diritto Privato, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Giuffrè, Milano, 1991, pág. 533.

(59) BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Tomo IV, L'Obbligazione, Giuffrè, Milano, 1990, pág. 300. BRECCIA, Umberto, Op. cit., pág. 535.

(60) DE LA PUENTE, Manuel. Op. cit., págs. 397 y 398.

por lo tanto no estará legitimado en modo alguno para recibir el pago.

No puedo dejar de manifestar que no encuentro un hilo conductor entre las siguientes afirmaciones que forman parte del planteamiento de De la Puente:

«No se trata, pues, de una obligación asumida por el promitente frente al tercero, que determinará un correlativo derecho de éste, sino de la asunción por parte del promitente de lo que ROCA SASTRE llama una 'vocación de prestación', o sea una atribución de ejecutar la prestación en favor del tercero»⁽⁶¹⁾.

«Téngase presente nuevamente que estamos en presencia de una prestación, o sea una actuación material del deudor, consistente en un dar, un hacer o un no hacer, que no está precedida de una relación obligacional entre el promitente y el tercero...»⁽⁶²⁾.

«...la prestación a cargo del promitente existe 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»⁽⁶³⁾.

«Por parte de éste (se refiere al tercero) 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»⁽⁶⁴⁾.

«Este derecho (el del tercero) es, sin embargo, ineficaz porque falta la aceptación del tercero»⁽⁶⁵⁾.

«No existe inconveniente conceptual alguno para que el deber de ejecutar la prestación (...), nazca en el momento de contraerse la obligación, pero no se haga efectivo, hasta un momento posterior»⁽⁶⁶⁾.

«Pero después de la declaración del tercero de querer aprovecharse de la estipulación y del consiguiente ingreso de la prestación a su patrimonio...»⁽⁶⁷⁾.

No existe, según se afirma, **una obligación asumida por el promitente frente al tercero** que confiera un derecho correlativo a éste pues **se trata de una prestación entre el tercero y aquél**, que no está precedida por una relación obligacional entre ambos; pero se

afirma también que la aceptación por parte del tercero perfecciona su **existente vínculo** con el promitente; y más adelante se precisa que **es un deber de ejecutar la prestación** que nace al momento de contraerse la obligación pero que no se hace efectiva sino hasta un momento posterior. Pero entonces, ¿existe vínculo o no, o es que el vínculo que existe no constituye una obligación; y si así fuera, qué tipo de vínculo sería, porque estaría referido a una prestación; pero es que el deber de ejecutar una prestación no es acaso una obligación?

Se afirma también, que no existe un correlativo derecho del tercero; pero luego se señala que por parte del tercero nace del contrato su derecho a la prestación a cargo del promitente (sólo que el artículo 1458 no le permite hacerlo efectivo en tanto no declare su voluntad en ese sentido). Pero entonces, ¿existe o no un derecho del tercero?

Lo que el promitente asume, se predica, es -lo que Roca Sastre llama- **una vocación de prestación** (?), o sea **una atribución de ejecutar la prestación** en favor del tercero; luego se añade que estamos en presencia de **una prestación, o sea una actuación material** del deudor; y más tarde, que se trata de **un derecho que nace del contrato** pero que es ineficaz. Pero entonces, ¿se trata de una vocación de prestación, de una prestación entendida como actuación material o de un derecho del tercero?

Se señala que **la prestación** a cargo del promitente **no es eficaz** hasta que el tercero declara su voluntad de recibirla; después se dice que **el derecho del tercero es ineficaz** porque falta su aceptación; luego se indica que **el deber de ejecutar la prestación** nace en el momento de contraerse la obligación pero **no se hace efectivo** sino hasta un momento posterior. Pero entonces, ¿qué es ineficaz, la prestación, el derecho del tercero (cuya naturaleza no es clara), o el deber de ejecutar la prestación (que parecería ser simplemente una forma más descriptiva de referirse a la obligación)?

Finalmente, se dice que después de la declaración del tercero de querer aprovecharse de la estipula-

(61) Ibidem, pág. 454.

(62) Ibidem, pág. 456.

(63) Ibidem, pág. 455.

(64) Ibidem, pag. 454.

(65) Ibidem, pág. 455.

(66) Loc. cit.

(67) Ibidem, pág. 457.

ción, la prestación ingresa a su patrimonio. Pero ¿cómo es que la prestación, consistente en una actuación material del deudor, según el autor ha advertido cuidadosa e insistentemente, puede ingresar en el patrimonio del tercero con su mera declaración, no será que se requiere de la ejecución de la conducta en que la prestación consiste para que el resultado de la misma procure la utilidad al tercero?

Tengo la convicción de que todas estas dificultades se manifiestan inevitablemente por intentar reconducir el diseño del contrato a favor de tercero tal como ha sido perfilado en el Código vigente al esquema de la teoría clásica, pretendiendo que la declaración del tercero es el elemento que determina el ingreso del derecho a su esfera. En el fondo, a pesar del texto del nuevo Código pero también por una cierta indefinición que trasunta, De la Puente no ha abandonado la teoría de la *condicio iuris*⁽⁶⁸⁾ postulada por Pacchioni y, según la cual, el contrato a favor de tercero resulta ineficaz en cuanto que no puede hacer surgir el derecho en el patrimonio del tercero, mientras que éste no declare su aceptación, lo que constituye un requisito de eficacia legalmente establecido (*condicio iuris*) -que opera respecto del contrato-. El gran problema con el que el jurista peruano se enfrenta está constituido por el precepto que contiene la primera parte del primer párrafo del artículo 1458 del Código Civil, a tenor del cual el derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. Entonces debe admitir que el derecho surge del contrato sin necesidad de la intervención del tercero y la *condicio iuris* no puede referirla a tal contrato sino que debe vincularla al derecho que ya nació de él. Para ello debe sostener por un lado que es el derecho -no el contrato- el que resulta ineficaz, y, por otro, que después de la celebración del contrato pero antes de la declaración del tercero el derecho no le pertenece a nadie (es un derecho *nullius*). Entonces, la declaración del tercero es el requisito que determina la eficacia del derecho y por tanto su ingreso a la esfera jurídica del mismo.

Sin embargo, creo que la eficacia del derecho no está relacionada con su atribución a un determinado titular sino en todo caso -si de eficacia de un derecho puede hablarse- con la posibilidad de su titular de proceder con arreglo a las facultades que su contenido le permite realizar. En otras palabras la eficacia o ineficacia de un derecho de crédito no determina que éste se atribuya o no a un sujeto, pues tal atribución corresponde más bien al acto que lo genera en atención

al interés tenido en cuenta por las partes. En consecuencia, para sostener que la declaración del tercero es un requisito (legal) de eficacia (o sea una *condicio iuris*) para que surja el derecho del tercero en su esfera jurídica, necesariamente habrá que predicar ese requisito del acto que constituye título o fuente de tal derecho, es decir del propio contrato. Pero como el artículo 1458 proclama que el derecho del tercero surge **directa e inmediatamente** del contrato, la tesis de la *condicio iuris* no puede encontrar cabida en el esquema de nuestro Código.

Todo parece indicar que la teoría clásica no ha encontrado acogida en nuestro Código aunque debemos reconocer que algunos elementos de contrabando 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 directa e inmediatamente 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. Esta tendencia, por lo demás, está más acorde con la realidad de nuestros tiempos, en donde, en efecto, resulta fácil constatar día a día que los sujetos desean o permiten de buen grado la colaboración de los terceros en tanto dicha colaboración suponga exclusivamente un beneficio. Parecen más bien excepcionales los casos en que un individuo no está dispuesto a recibir una ventaja que no le significa un sacrificio.

En consecuencia, no parece necesario forzar en este caso el texto claro de la primera parte del primer párrafo del artículo 1458 que permite al estipulante y al promitente la atribución directa e inmediata de un derecho en favor de un tercero. A la declaración del tercero que prevé la segunda parte de dicho párrafo debe 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. Es verdad que, como ya se ha dejado aclarado, la simple declaración del beneficiario no hará por sí sola exigible el derecho, lo que dependerá de lo que se haya estipulado en el propio contrato, pero quizá le permita mantenerse al cubierto de cualquier situación de perjuicio que el derecho estipulado en su favor y adquirido por él pueda originarle, como una situación de mora *credendi* en la que podría quedar constituido, con los

(68) De la Puente se afiliaba ya a la teoría de la *condicio iuris* antes de la promulgación del Código Civil vigente (Ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Tomo.II, págs. 246 y 247), tesis que todavía mantiene (Ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., pág. 458.).

efectos consiguientes.

Quiero recalcar que en realidad el propósito fundamental de las líneas que anteceden no es demostrar qué tendencia resulta más acertada o más acorde con las necesidades del tráfico. Solamente pretende poner de relieve, tomando como ejemplo el supuesto del contrato a favor de tercero, que nuestro Código no ha sido coherente y claro en la toma de posición respecto de qué orientación ha de seguir con relación a ciertos problemas que deben ser enfrentados de manera homogénea. Este problema no sólo se presenta aisladamente al interior de algunas instituciones, como hemos tratado de demostrar en la hipótesis del contrato a favor de tercero, sino que en algunos casos disloca varias instituciones que tienen que ver con el mismo problema y que no presentan una solución uniforme.

Por ejemplo, existen una serie de instituciones en donde se presenta el problema de la afectación de la esfera jurídica de los terceros o, más en general, de la esfera jurídica individual y en las cuales el Código debería presentar soluciones basadas en un mismo principio, lo que al parecer no ha ocurrido. En efecto, o se acoge el principio de la soberanía formal de la voluntad del sujeto sobre la propia esfera jurídica y se llega a la conclusión de que la esfera de un individuo no puede ser alterada -ni para mejorarla ni para empeorarla- por la declaración de otro (salvo, claro está, que esa injerencia esté justificada por una precedente relación entre las partes); o se acoge el principio de la prevención de la lesión patrimonial injusta y se llega a la conclusión que la esfera jurídica ajena no puede ser alterada para empeorarla por la declaración de otro⁽⁶⁹⁾.

En el contrato a favor de tercero hemos visto que, a pesar de la duda que ponen de manifiesto ciertas normas, la interpretación que parece más razonable es aquella que conduce al segundo de los principios enunciados, esto es, al que rechaza la absoluta y ciega intangibilidad de la esfera jurídica individual, optando más bien por la prevención de la lesión patrimonial injusta, permitiendo que el estipulante y el promitente puedan afectar la esfera jurídica del tercero únicamente para beneficiarlo (y manteniéndolo inmune de efectos

o alteraciones perniciosos en base a este principio de prevención).

En cambio, para el supuesto de la promesa unilateral, en donde también se presenta el problema de la afectación de la esfera jurídica ajena, no se ha seguido el mismo principio y aunque se presenta nuevamente el dilema que ya hemos visto para el contrato a favor de tercero, el legislador ha optado por el principio opuesto de la absoluta intangibilidad de la esfera individual, comprometiendo gravemente ciertos conceptos y afectando la propia pureza de la figura. El artículo 1956 del Código establece que por la promesa unilateral el promitente queda obligado, por su sola declaración de voluntad, a cumplir una determinada prestación en favor de otra persona; pero agrega que para que el destinatario sea acreedor de la prestación es necesario su asentimiento expreso o tácito, el cual opera retroactivamente al momento de la promesa. Obsérvese que a diferencia del contrato a favor de tercero, en la promesa unilateral no hay acreedor mientras el destinatario no declare, de manera que aquí la declaración sí lo convierte en acreedor, situación de la que antes no era en absoluto titular por efecto de la sola promesa unilateral. Es claro que en este supuesto el Código mantiene inalterada la esfera del tercero en tanto éste no manifieste su asentimiento.

El mismo principio se ha seguido para el caso de la condonación, negocio que a partir del artículo 1295 del Código vigente⁽⁷⁰⁾ ha adoptado estructura bilateral. En otras palabras, el acreedor no puede con su sola declaración de voluntad condonar la deuda de su deudor y atribuirle directamente un beneficio. Otra vez en base al principio de la absoluta intangibilidad de la esfera ajena, la condonación exige la participación del deudor.

La solución opuesta es nuevamente escogida para el caso del pago por tercero, en donde también se afecta la esfera jurídica ajena. Puede hacer el pago cualquier persona -tenga o no interés en el cumplimiento- incluso contra la voluntad del deudor. Esto significa que un tercero puede mediante el «pago»⁽⁷¹⁾ liberar al deudor aun contra su voluntad, afectando favorable-

(69) SACCO, Rodolfo. En: *Trattato di Diritto Privato*, diretto da Pietro Rescigno, V. 10, Tomo. 2, UTET, Torino, 1982, pág. 20.

(70) La tónica de nuestro Código de 1936 era distinta. De cualquier modo que se pruebe la remisión o perdón voluntario de la deuda hecho por el acreedor, termina la obligación, rezaba el artículo 1298 de aquel Código. En cambio, el actual artículo 1295 exige que la condonación se haga de común acuerdo entre el acreedor y el deudor.

(71) Es comúnmente admitido que en la hipótesis del pago por tercero no se puede hablar técnicamente de pago o cumplimiento, pero se usa la expresión para facilitar el discurso; cfr. NICOLÓ, Rosario. *L'Adempimento Dell'Obbligo Altrui*. Milano, 1936; también en *Raccolta di Scritti*, T. II, Giuffrè, Milano, 1980, págs. 971, nota 5 y 1022 y ss. MICCIO, Renato. *Op. cit.*, pág. 90. Contra, BIANCA, Massimo. *Op. cit.*, pág. 286.

(72) Se trata ciertamente de las hipótesis en que no opera la subrogación que como se sabe no es una consecuencia necesaria del pago por tercero.

mente su esfera jurídica⁽⁷²⁾. Es verdad que en este caso el sentido de la norma encuentra su explicación en el hecho que se prefiere tutelar el interés del tercero interesado en el cumplimiento y el interés del acreedor, frente al interés del deudor. Pero no resulta clara la posibilidad del acreedor de rechazar el pago del tercero cuando el deudor se haya opuesto a la intervención del tercero no interesado, como está previsto en cambio en el segundo párrafo del artículo 1180 del Código Civil italiano⁽⁷³⁾.

Puede observarse cómo el Código vigente no tiene en algunos casos una coherencia indispensable en un cuerpo normativo unitario, que permitiría mediante el análisis de algunas de sus instituciones proyectar una luz homogénea que facilite una interpretación sistemática para encontrar soluciones a problemas comunes a otras instituciones que también regula.

Además, su análisis y aplicación práctica han puesto al descubierto no pocos errores, deficiencias y omisiones. A ello se suma el hecho de que en los últimos tiempos gran parte del ordenamiento jurídico peruano ha variado sustancialmente, incluyendo la Constitución Política y por si ello fuera poco, se han verificado en el mundo transformaciones en los sistemas económicos, sociales y en las relaciones internacionales, lo que ciertamente ha venido a repercutir más o menos intensamente en nuestro medio. Aunque desde su nacimiento hasta la fecha han transcurrido poco más de diez años -lapso breve si se considera la permanencia que un instrumento legal como éste está llamado a tener-, o debe olvidarse que sus normas empezaron a pensarse hace 30 años tomando en cuenta que la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936 se creó en 1965. Estas circunstancias hacen impostergable una revisión integral del Código, es decir, no sólo de los preceptos puntuales que contiene, sino de las corrientes y de los principios que lo inspiran. Dentro de este contexto no puede ser más oportuna la iniciativa del Congreso Constituyente Democrático de crear mediante Ley No. 26394, una comisión cuyo encargo consiste en la elaboración de una ley de reforma del Código Civil. La ocasión para subsanar los errores y deficiencias del Código, para adecuarlo al nuevo ordenamiento jurídico peruano y para incorporar en él nuevas instituciones que en la práctica se han venido desarrollando, parece haberse presentado. Es importante advertir, por cuanto hemos demostrado a

lo largo de estas líneas, que las instituciones que el Código recoge no pueden elaborarse tomando algunas normas de ese Código y otras de aquél, sin ponderar los principios que las inspiran y sin constatar que tales principios son los que deseamos acoger para dichas instituciones.

En los últimos tiempos se ha desatado una polémica en torno a la oportunidad de modificar integralmente el Código o introducir en su texto sólo algunas modificaciones puntuales. Como siempre, el temor al cambio, a la evolución aparece como un ancla que impide o dificulta que el Derecho pueda desarrollarse y marchar al ritmo que exige una sociedad que despierta de un largo letargo. La misma resistencia tuvo la Comisión Encargada del Estudio y revisión del Código Civil de 1936 cuando decidió hacer un nuevo Código a pesar de que su encargo era, como su nombre lo dice, proponer reformas. Alguno incluso ha recurrido a la invocación de la prudencia para intentar detener lo que a estas alturas resulta una exigencia cuya ignorancia constituiría una verdadera imprudencia. Por lo demás, no es un argumento técnico ni nos interesa demasiado cómo es que los códigos francés, alemán e italiano se mantienen con algo menos de dos, de uno y algo más de medio siglo de vigencia, respectivamente. Esos códigos -uno de los cuales merece una más urgente modificación que los otros- fueron revolucionarios en su época, cosa que ciertamente no ocurrió con nuestro Código vigente.

En una separata especial de la edición del 7 de enero del Diario Oficial El Peruano, la comisión encargada de la reforma publicó una propuesta de reducidas enmiendas al Código que en algunos casos contiene planteamientos intrascendentes y en otros inadecuados. En todo caso abrigamos la esperanza de que se trate de un punto de partida y no un punto de llegada.

Por la trascendencia que tiene, el alcance de esta tarea no puede ser asumida por el legislador con prejuicios o con limitaciones preconcebidas. La magnitud de la reforma debe ser el resultado de una minuciosa y pausada revisión integral de su texto, acompañada con una actitud abierta al diálogo y a la crítica, y de permanente contacto con la realidad que habrá de ser regulada. Estamos en el umbral del siglo XXI, es hora de abandonar los antiguos principios y los dogmas vetustos si la realidad de hoy y de mañana nos exige nuevos enfoques y soluciones. ☞

(73) La doctrina italiana enseña que aquella disposición al amparo de la cual el acreedor puede rechazar el cumplimiento ofrecido por el tercero si el deudor le ha manifestado su oposición, está prevista precisamente para tutelar el interés del deudor de rechazar beneficios que otros le atribuyan, lo que demuestra la coherencia que este código dispensa al tratamiento de la problemática de la ingerencia en la esfera jurídica ajena; ver: DI MAJO, Adolfo. *Le modalità dell'obbligazione*, Zanichelli, Bologna, 1986, pág. 546.