

## LOS CONTRATOS A FAVOR DE TERCERO (Tercera parte)

Humberto RUIZ QUIROZ

### III. LA FIANZA A FAVOR DE TERCERO

30.—POSIBILIDAD DE CELEBRAR UN CONTRATO DE FIANZA CIVIL A FAVOR DE TERCERO. En la segunda parte de este trabajo traté de determinar el concepto y los elementos esenciales del contrato a favor de tercero y llegué a la conclusión de que, cuando mediante un acuerdo de voluntades se produzca un derecho a favor de una persona extraña a ese acuerdo, estaremos en presencia del contrato a favor de tercero; pues dos personas, fiador y fiado, con todas o sólo algunas de las consecuencias o efectos que establecen los artículos 1868 a 1872 del Código Civil, como propios de este tipo de actos, pero que admiten pacto en contrario, y sin que tenga influencia en la calificación de su esencia, el que sean posibles o no la producción de esos efectos que se llaman naturales.

Si partimos del concepto de fianza que podemos definirlo como el acto jurídico por el que una persona se constituye en garante personal de la deuda ajena, que creo inobjetable, veamos si este acto jurídico puede celebrarse a favor de tercero.

Como la obligación que esencialmente surge de la fianza es a favor de una persona que, en otra relación jurídica, tiene el carácter de acreedor presente o eventual, ya que nuestro Código Civil prevé expresamente la posibilidad de garantizar deudas futuras; este acreedor debe permanecer extraño al acto jurídico del que surja la garantía, para que pueda hablarse de estipulación o contrato a favor de tercero.

Por lo tanto, el contrato para que sea a favor de tercero, deberá celebrarse por el fiador, pues para que nazca a su cargo la garantía es obvio que debe consentir en obligarse; y su cocontratante debe ser la otra persona que tiene interés en que se garantice: el propio deudor, que desde la constitución de la garantía, llamamos deudor principal o fiador, para distinguirlo del deudor accesorio o fiador.

He aquí un acto jurídico en que se realiza plenamente la esencia

del contrato a favor de tercero, pues dos personas fiador y fiado convienen en crear una garantía personal a favor del acreedor de este último, quien fue extraño al acuerdo de voluntades que produjo la obligación del fiador.

La posibilidad de este tipo de contrato de fianza a favor de tercero ha sido sostenida por Ruiz Rueda y, tanto este autor, como los que lo han seguido, han invocado los siguientes párrafos de Eneccerus-Lehmann:

"El fiador se obliga a responder al acreedor por la deuda de otro y, por lo tanto, el contrato de fianza se concluye por lo regular entre el fiador y el acreedor.

Es concebible también un contrato concluido entre el deudor y el fiador a favor del acreedor, que otorgue a éste inmediatamente un derecho. Pero este caso será rarísimo en la práctica."<sup>1</sup>

Igualmente se ha invocado la opinión de Von Tuhr, quien dice que: "También puede pactarse a favor del acreedor por otra persona, *v. gr.*, con el deudor, una fianza, acto que el fiador asume normalmente mediante contrato con el acreedor."<sup>2</sup>

No encuentro obstáculo lógico o jurídico que impida celebrar ese acuerdo de voluntades entre fiador y deudor principal, a favor del acreedor de éste, ni para calificar este acto de contrato a favor de tercero, ya que de ese acuerdo entre dos partes, surge un derecho a favor de un tercero extraño al contrato.

31.—OBJECCIONES A LA POSIBILIDAD DE OTORGAR FIANZA CIVIL A FAVOR DE TERCERO. En 1977 aparece la tesis profesional de Concha Malo, quien en las primeras páginas de su trabajo, en el capítulo relativo a "La fianza en el derecho civil", analiza el concepto de fianza y después de hacer notar que la intervención del deudor principal en el acto jurídico que da nacimiento a la obligación del fiador, no es relevante, hace referencia al hecho de que casi siempre interviene en alguna forma dicho deudor principal. Para apoyar la primera aseveración cita exactamente el mismo texto de Eneccerus-Lehmann que he transcrito en el párrafo anterior, o sea el que menciona la posibili-

<sup>1</sup> Eneccerus, Ludwig y Heinrich Lehmann, *Derecho de obligaciones*, Vd. II de Eneccerus-Kipp-Wolf, *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, Barcelona, 1935, p. 462, N° 3 y nota a pie de página; Ruiz Rueda, Luis, *La fianza de empresa a favor de tercero*, México, 1956, p. 69; Martínez González, Hilda, *Fuente de la Obligación del fiador en la fianza de empresa*, México, 1963, p. 53; Caballero Sánchez-Izquierdo, Ernesto, *Régimen Jurídico de las sociedades de garantía recíproca*, Madrid, 1979, pp. 299 y 300.

<sup>2</sup> Von Tuhr, Andreas; *Tratado de las obligaciones*, Madrid, 1934, vol. II, p. 197.

dad de que se otorgue una fianza civil a favor de tercero, mediante el acuerdo de voluntades entre fiador y fiado o deudor principal y añade lo siguiente:

"Resumiendo lo anterior, podemos decir:

"a) El Código Civil habla de contrato de fianza en su artículo 2794.

"b) Nada obsta, sin embargo, para que la fianza aún civil, pueda nacer de una declaración unilateral de voluntad lisa o llana o bajo la forma de estipulación a favor de tercero, pues nuestro derecho les concede fuerza vinculatoria a estas formas de manifestación de voluntad. *Cfr.* artículos 1860 y siguientes del Código Civil."<sup>3</sup>

En nota al calce añade este autor lo siguiente: "Esta afirmación debe matizarse en el sentido de que podremos hablar de fianza nacida de una declaración unilateral de voluntad, en aquellos casos en que la ley le dé fuerza vinculatoria a la misma, ya que los tratadistas coinciden en que esa fuente de obligaciones, *no es general*, sino restringida a los casos señalados por la ley"<sup>4</sup>.

En estas primeras páginas de su tesis, Concha Malo admite la posibilidad de que se pueda otorgar una fianza civil a favor de tercero, ya que no se trata simplemente de una cita de una opinión ajena, sino que en primera persona del plural este autor afirma "podemos decir".

Sin embargo, un tanto inexplicablemente, en el mismo capítulo, 56 páginas adelante, contradiciendo lo que antes dijo, niega la posibilidad de que el propio deudor principal estipule con el fiador para crear una garantía personal a favor del acreedor y no sólo se niega esta posibilidad, sino que con gran énfasis se califica la postura contraria de absurdo.<sup>5</sup>

Creo, sin embargo, que al sostener esa imposibilidad, su autor, Concha Malo, no tuvo en cuenta la diferencia entre los elementos esenciales de la estipulación a favor de tercero y los efectos naturales de la misma, así como el carácter accidental de las modalidades a que puede sujetarse.

Veamos, cuáles son los argumentos de Concha Malo, expresados en su tesis, que analizaré uno a uno, aunque alterando ligeramente el orden en que los expone.

<sup>3</sup> Concha Malo, Ramón, *Fianza civil, mercantil y de empresa (Exposición sistemática)*, México, 1977, pp. 15 y 16.

<sup>4</sup> *Id.*, p. 16, nota 13.

<sup>5</sup> *Id.* p. 73 y ss.

Según este autor, como el artículo 1869 del Código Civil permite al estipulante y al promitente, en una estipulación a favor de tercero, privar a éste del derecho de exigir de aquél, el pago de la prestación, "sería absurdo que el deudor-estipulante privara por pacto expreso con el fiador promitente, al acreedor-tercero del derecho de exigir el cumplimiento de la obligación fiadora".<sup>6</sup>

Este argumento sostenido por Concha Malo carece de consistencia, como se verá claramente, si se medita en la naturaleza de los contratos a favor de tercero, pues como sostiene Dassen, cuya opinión transcribí en la segunda parte de este trabajo,<sup>7</sup> los contratos a favor de tercero pueden tener los más diversos contenidos, por lo que, si las partes quieren realizar un acto eficaz, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino desde el económico y práctico, deberán celebrar ese acto, dándole no sólo los elementos jurídicos necesarios para que surta efectos, sino proveyéndolo de las cláusulas que le den la idoneidad para alcanzar los fines particulares que cada una de ellas persiga. El hecho de que la ley permita a las partes privar al tercero beneficiario del derecho que la misma le otorga, para exigir la prestación a su favor, no quiere decir que cualquier contrato a favor de tercero, se realice incluyendo ese pacto en contrario, pues si, como es obvio, en la fianza a favor de tercero se busca darle al acreedor, tercero en el contrato, una seguridad mayor de que cobrará su crédito, las partes no celebrarán el pacto en contrario que permite el artículo 1869 del Código Civil.

Si el argumento de Concha Malo fuera valedero, casi no existirían contratos a favor de tercero, pues los que mediante esa figura se celebran, ya sea de seguro, renta vitalicia, transporte o cualquier otro, se verían privados de casi toda su utilidad si se pactara que el tercero no pudiera exigir el derecho creado a su favor.

Lo que sucede es que nuestra ley, al igual que su modelo el Código Civil alemán, considera como verdaderos contratos a favor de tercero, tanto los que tienen eficacia interna, como los que tienen eficacia externa, aunque sus efectos sean diferentes, según se conceda o no acción al tercero para exigir el cumplimiento de la obligación creada a su favor; pero la posibilidad de celebrarlos en esas dos formas, no priva a los que tienen eficacia externa de su carácter de contratos a favor de tercero en sentido propio, mientras los que sólo tienen eficacia interna son calificados por la doctrina, como contratos a favor de tercero en sentido impropio.

<sup>6</sup> *Id.*, p. 73.

<sup>7</sup> *Revista de Investigaciones Jurídicas*, N° 8, tomo 2, México, 1984, p. 901.

El pacto en contrario previsto en el artículo 1869 del Código Civil del Distrito Federal casi nunca existirá en la práctica, pero el legislador hizo bien en permitirlo, en beneficio de la libertad contractual, pues puede existir algún caso en que al estipulante le convenga suprimir ese derecho al tercero.

Sostiene igualmente Concha Malo, que tampoco puede celebrarse una fianza, mediante una estipulación a favor de tercero, porque "sería absurdo que el deudor-estipulante pueda exigir del fiador-promitente la obligación fiadora, pues sería tanto como que quien ha incumplido le pida a quien garantizó su incumplimiento que cumpla por él, lo cual es un absurdo lógico y jurídico".<sup>8</sup>

Indudablemente que esto último es jurídicamente imposible, pero como he dicho antes, si la naturaleza de la fianza tiene como consecuencia que no debe aplicarse determinado efecto jurídico, que la ley prevé como efecto natural de la estipulación a favor de tercero, la privación de esos efectos, no quitan a ésta su esencia, mientras no se le prive de sus elementos esenciales específicos, que no son otros que los que con toda claridad y sencillez enumera Hernández Romo:

"a) Un acuerdo de voluntades entre estipulante y promitente que origine un derecho en el patrimonio de un tercero.

"b) Un objeto, materia de ese acuerdo de voluntades, que puede consistir en un dar, hacer o no hacer."<sup>9</sup>

La acción a favor del estipulante otorgada por el artículo 1869 del Código Civil no es un elemento esencial del contrato a favor de tercero, como se vio ampliamente en la segunda parte de este trabajo; pero no está por demás repetir las palabras de Pacchioni al referirse a la posibilidad de que del contrato a favor de tercero, derive una acción para el estipulante o sólo para el promitente o para ambos: "Todas estas combinaciones son posibles: el que se dé una u otra dependerá siempre más de la naturaleza de la relación económicosocial en que consiste el contrato que de la voluntad de las partes."<sup>10</sup>

En la fianza a favor de tercero, es obvio que el fiado no puede exigir al fiador que éste pague la deuda garantizada, en lo que estoy de acuerdo con Concha Malo; pero de ahí no se sigue que es absurdo contratar una fianza a favor de tercero, entre fiador y fiado, pues de la propia naturaleza de la fianza se desprende que no podrá el esti-

<sup>8</sup> Concha Malo, *op. cit.*, pp. 73 y 74.

<sup>9</sup> Hernández Romo, Miguel Ángel, *Naturaleza Jurídica de la estipulación a favor de tercero*, México, 1960, p. 47.

<sup>10</sup> Pacchioni, Giovanni, *Los contratos a favor de tercero*, Madrid, 1948, p. 114.

pulante (fiado) demandar del fiador el cumplimiento de la obligación garantizada e incumplida por aquél, aunque no lo diga expresamente la ley; pero el legislador de 1942 sí lo previó, cuando en la Ley de Instituciones de Fianzas dispuso en el artículo 92 que una vez agotado el procedimiento conciliatorio ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que se establecía en ese precepto, quedaban "*expeditos los derechos del acreedor para ocurrir a los tribunales competentes...*", es decir, el único que tenía acción era el acreedor, ya fuera contratante o tercero beneficiario.<sup>11</sup> Pero en la actualidad el mismo principio es aplicable, aunque la ley no lo diga expresamente, porque esto es acorde con la naturaleza del contrato de fianza.

Más adelante sostiene la citada tesis que "*sería un absurdo que el deudor-estipulante pudiera revocar la estipulación mientras el acreedor-tercero no haya manifestado su voluntad de aprovecharla, máxime si se ha obligado a otorgar la fianza, puesto que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una sola de las partes, como ya hemos visto anteriormente, artículo 1797*".<sup>12</sup>

Este argumento es falso y constituye un paralogismo,<sup>13</sup> pues el hecho de que el deudor-estipulante pueda revocar la estipulación, en nada contraría el principio establecido en el artículo 1797 del Código Civil, ya que el alcance de este precepto debe entenderse, en el sentido de que el cumplimiento de los contratos no debe dejarse al arbitrio de las partes, sin que acarree consecuencia desfavorables para quien lo incumpla; en otros términos, puede, con toda verdad decirse, que el cumplimiento de cualquier obligación queda al arbitrio del obligado; pero si incumple, se aplicarán las sanciones que la ley establece.

Así, la obligación o carga impuesta por la ley o el contrato, para que una persona proporcione un fiador queda siempre al arbitrio del obligado, quien si no la cumple sufrirá las consecuencias de su incumplimiento e igualmente si cumple su obligación o carga, mediante la celebración de una estipulación a favor de tercero y ésta se revocada, sería un caso de incumplimiento y el deudor sufrirá las sanciones de su conducta, que podrían ser la rescisión de un contrato, el vencimiento anticipado de la obligación que debió garantizarse, o cualquier otra impuesta por la ley o por contrato; pues esas hipótesis son di-

<sup>11</sup> Secretaría de Hacienda y Crédito Público, *Legislación sobre fianzas*, México, 1958, p. 131.

<sup>12</sup> Concha Malo, *ob. cit.*, p. 74.

<sup>13</sup> *Paralogismo* se llama a la argumentación viciosa de buena fe; aunque "algunos llaman paralogismo a la argumentación viciosa por su materia, y sofisma o falacia a la que peca por su forma". Balmes, Jaime L., *Lógica*, Buenos Aires, 1944, p. 58.

versos casos de incumplimiento de la obligación de proporcionar el fiador adecuado, debidamente sancionados; pero son realizados por el deudor incumplido en uso de su libertad psicológica, ya que el artículo 1797 sólo impide el ejercicio pleno de la libertad jurídica, pues es imposible que las normas de derecho impidan físicamente su violación, ya que esas normas son esencialmente violables y resulta contrario a la razón el pretender que una norma jurídica, ya sea general y abstracta (ley) o particular y concreta (contrato) impida la violación del derecho.

En suma, *no es absurdo* el que el deudor estipulante pueda revocar la estipulación, pues lo único jurídicamente *absurdo*, sería el que pudiera hacerlo impunemente, en el supuesto que estuviera obligado por acto voluntario o por la ley a otorgarla. El ejercicio de su derecho de revocación puede además traerle consecuencias desfavorables en sus relaciones con el promitente, como por ejemplo, si la fianza fuera onerosa, no podría liberarse impunemente de su obligación de pagar la cantidad estipulada o daños y perjuicios, gastos realizados por el fiador para acreditar su idoneidad, etcétera.

La postura que combato no es sino una presentación con apariencia de verdad, de una lamentable confusión entre libertad jurídica y libertad psicológica.

Los mismos argumentos son aplicables para rebatir la calificación de *absurdo* que usa Concha Malo para calificar la tesis opuesta a lo que él sostiene, cuando dice que "*sería un absurdo que el propio deudor-estipulante sujete con el fiador-promitente la obligación fiadora a modalidades que limiten el derecho del acreedor-tercero*".<sup>14</sup>

El tercero es libre jurídica y psicológicamente de aceptar la estipulación creada a su favor y si el estipulante está obligado a proporcionar una fianza y ésta no es idónea, por las modalidades a que se sujetó la obligación del fiador, el tercero acreedor podrá rechazarla y el fiado sufrirá las consecuencias de su incumplimiento.

Por último, sostiene Concha Malo que "*sería igualmente un absurdo*, que por no haberse establecido pacto en contrario, pudiera el promitente-fiador oponer al acreedor las excepciones derivadas del contrato, mismas que bien pudieran deberse al incumplimiento del deudor-estipulante, quedando así totalmente desprotegido el acreedor por la sola voluntad del deudor principal".<sup>15</sup>

Nuevamente no se tiene en cuenta que la estipulación a favor de tercero y las pocas normas establecidas en el Código Civil, deben ade-

<sup>14</sup> Concha Malo, *ob. cit.*, p. 74.

<sup>15</sup> *Id.*, *Id.*

cuarse a la naturaleza del contrato celebrado a favor de tercero, en cada caso concreto; por lo que las excepciones derivadas del contrato, procederán o no, según la naturaleza de aquel acto jurídico y, en el caso de la fianza, sólo podrá plantearse el problema de las excepciones derivadas del incumplimiento del estipulante, cuando la fianza sea onerosa, pues sólo en este caso hay posibilidad de que el estipulante incumpla; por lo cual, prefiero tratar el problema, cuando hable de la fianza de empresa, pues será uno de los puntos principales de este capítulo.

Por ahora, sólo me limitaré a citar nuevamente a Pacchioni, quien no pudo pasar por alto el problema de las excepciones oponibles al tercero y quien congruentemente con la postura adoptada en su monografía, en el sentido de que no se pueden dar reglas generales para todos los casos de contratos a favor de tercero, después de criticar algunas opiniones respecto a las relaciones entre el promitente y el tercero, sostiene textualmente que lo exagerado, inadmisibile o contradictorio de las diversas teorías "desaparece en cuanto se renuncie a dar al problema una solución genérica y única para el contrato a favor de tercero en abstracto y se admita, en cambio, que el problema debe ser resuelto, separada e independientemente, en cada uno de los típicos contratos que se presenten. A esta opinión me inclina la consideración de que, según sea la relación económicosocial contenida en el contrato, y según los fines que se buscan con él, y la función que se atribuya a su validez, puede ser útil el tratarlo de un modo o de otro".<sup>16</sup>

Resulta clara la solución de Pacchioni, por lo que, aunque no se haya realizado el pacto en contrario, aquellas excepciones que pugnen con la naturaleza del contrato, no podrán ser opuestas al tercero; pero todavía Pacchioni nos proporciona una solución que nos será muy útil para resolver este problema, al afirmar que habrá casos en que será conveniente aceptar la teoría de que en un determinado contrato a favor de tercero, el crédito de éste, es derecho abstracto, punto sobre el cual volveré más adelante.

La confusión de Concha Malo respecto a los elementos esenciales y los efectos naturales que ha quedado demostrada se pone de manifiesto nuevamente en este pasaje de su tesis donde dice que "no es dable una estipulación a favor de tercero, aún de carácter contractual... a menos que se modificasen todas las obligaciones y derechos que prevén los artículos 1868 a 1872, pero ya desvirtuaríamos a tal grado la figura, que válidamente podemos concluir que no es jurídico

<sup>16</sup> Pacchioni, *ob. cit.*, p. 117.

ya hablar de estipulación a favor de tercero, siguiendo el criterio del artículo 1839, de que los elementos esenciales o los naturales no renunciabiles —y no olvidemos que el derecho de revocación del estipulante-deudor no es renunciabiles, artículo 1871, a menos que se desnaturalice la figura— se entienden pactados aunque no se expresen, y si no se ponen o suponiendo que todos los requisitos 'naturales' se renuncien definitivamente ya no estamos ante la figura que estudiamos, pues es bien sabido que no es el nombre lo que califica una figura, sino el contenido de las obligaciones que provoca".<sup>17</sup>

En el pasaje transcrito destacan las siguientes proposiciones erróneas:

- a) Si se renuncian todos los "requisitos naturales", una figura cambia de esencia y se convierte en otra.
- b) Como corolario de lo anterior, al renunciarse todos los "requisitos naturales" que la ley atribuye a la estipulación a favor de tercero, ésta deja de ser tal para convertirse en otra figura.
- c) El derecho de revocación del estipulante-deudor no es renunciabiles.
- d) "La figura de la estipulación a favor de tercero aún de origen contractual... deja al acreedor en manos del deudor."

Respecto a la primera proposición cabe decir que la expresión "requisitos naturales" es un contrasentido, pues requisito, de acuerdo con el diccionario significa "circunstancia o condición *necesaria* para una cosa",<sup>18</sup> es decir, algo indispensable, insustituible, que no se puede eliminar y si los llamados elementos naturales, son "consecuencia de su naturaleza ordinaria", pero pueden renunciarse, debe concluirse que dichos elementos naturales no pueden tener el carácter de *requisitos* por lo que la expresión requisitos naturales, resulta poco feliz para designar los elementos naturales, que en realidad son efectos naturales de los contratos; pero nuncia requisitos.

Ni siquiera aquellos efectos naturales irrenunciabiles pueden llamarse requisitos, puesto que el requisito es algo que deben llenar las partes al celebrar el acto y los efectos naturales irrenunciabiles se dan aunque las partes no los prevean y si los renuncian, la renuncia será nula.

Del concepto de elemento o efecto natural, se desprende claramente el error en que incurre Concha Malo, al sostener que la renuncia de todos los efectos naturales, tiene como consecuencia el cambio de esencia de la figura jurídica de que se trate, pues aunque él no emplea

<sup>17</sup> Concha Malo, *ob. cit.*, pp. 114 y 115.

<sup>18</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 1970, p. 1144, 2ª columna.

la palabra *esencia*: al negar que sea estipulación a favor de tercero aquélla en la que se renuncien todos sus "requisitos naturales" se refiere en realidad a que la esencia de ese acto es otra.

No necesita añadirse argumentación alguna para convencer de la falsedad de esta aseveración del autor que comento; pero podría darse algún ejemplo en relación con el contrato más conocido y practicado en la vida diaria: la compraventa.

Si se celebra un contrato de compraventa en el que se difiera el pago del precio y la transmisión de la propiedad de la cosa vendida; se renuncie al derecho de exigir la responsabilidad por evicción y vicios ocultos; se pacte que los gastos de escritura sean a cargo de una sola de las partes; se estipule que los gastos de entrega sean a cargo del vendedor y en general se renuncien todos los derechos renunciables, como los establecidos en los artículos 2288, 2289, 2298, 2299 del Código Civil; en ese caso, el contrato seguirá siendo compraventa, mientras existan las obligaciones de pagar precio y transmitir la cosa vendida.

Así, habrá estipulación a favor de tercero, cuando en un contrato se cree algún derecho a favor de quien no fue parte en ese acto jurídico y con más propiedad se llamará así, cuando el tercero tenga acción para demandar al promitente y no se renuncie a este derecho; pero no cambiará la esencia de la estipulación o contrato a favor de tercero, cuando se renuncien aquellos otros derechos que se han analizado en el parágrafo 27 de la segunda parte de este estudio, con lo que queda demostrada también, la falsedad de la segunda proposición de Concha Malo.

Afirma también este autor, que el derecho de revocación del estipulante-deudor no es renunciable sin dar más argumento que la cita que hace del artículo 1871. Es de suponer que la expresión "estipulante-deudor" se refiere al deudor principal en relación con una fianza, pues el estipulante en la estipulación a favor de tercero no es deudor de éste; pero hecha esta aclaración, hay que decir que, esa supuesta irrenunciabilidad del derecho a revocar el nombramiento, no tiene fundamento alguno, pues aunque la ley no establezca en forma expresa la renunciabilidad del derecho a revocar el nombramiento beneficiario, no por eso deja de existir la facultad de renunciarlo.

Existen muchos derechos respecto de los cuales la ley no establece su renunciabilidad en forma expresa y, sin embargo, son perfectamente renunciables. Baste un ejemplo, como el derecho a la prórroga del contrato de arrendamiento que otorga el artículo 2485 del Código Civil al inquilino, en el que no dice expresamente que puede renunciarse

y, sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación invariablemente ha declarado válida la renuncia, con absoluto apego a derecho.<sup>19</sup>

Pero además, el legislador, cuando ha querido que en todo un ordenamiento legal de derecho privado, no se renuncie derecho alguno, ha tenido que dictar una norma que diga textualmente, que ningún derecho es renunciable, como sucede en la Ley sobre el Contrato de Seguro, cuyo artículo 183 dispone que "Todas las disposiciones de la presente ley tendrán el carácter de imperativas, a no ser que admitan expresamente pacto en contrario." En esa ley si es cierto que los derechos para ser renunciables necesitan que lo diga expresamente la ley.

La postura de Concha Malo, en el sentido de que no es posible renunciar al derecho de revocar el beneficiario en la estipulación a favor de tercero, va contra la práctica frecuentísima en seguro de personas y aun en seguro de daños, donde se acude a nombrar beneficiario irrevocable para cumplir obligaciones alimenticias, asegurar pagos de deudas para después de la muerte, dar mayores garantías a acreedores hipotecarios o a arrendatarios, etcétera, y la totalidad de la doctrina jurídica universal reconoce, que estos contratos son casos de estipulación a favor de tercero, pues fue precisamente el contrato de seguro de vida, el motivo por el que se revisó la doctrina de aquella figura, tan limitada en el derecho de siglos anteriores.

Ya en la segunda parte de este estudio, se hizo ver la posibilidad de esa renuncia y se transcribió el artículo 165 de la Ley sobre el Contrato de Seguro que permite expresamente la renuncia al derecho de revocar el nombramiento de beneficiario.

Puede parecer excesiva la extensión con que he tratado este problema, por tratarse de la fianza civil que, como dicen Eneccerus-Lehmann, rara vez en la práctica se realiza mediante una estipulación a favor de tercero; pero como esa supuesta imposibilidad es lo que se aduce para negar también que pueda darse fianza de empresa a favor de tercero, la argumentación será también útil al tratar de esta otra clase de fianza, que sí es de realización diaria.

32.—LA FIANZA DE EMPRESA A FAVOR DE TERCERO. Demostrada la posibilidad lógica y jurídica de celebrar un contrato que tenga por objeto garantizar una deuda a favor de una persona extraña al acuerdo de voluntades, dentro del campo de derecho civil, se allana cualquier dificultad para concebir la posibilidad de que se celebre un contrato de fianza onerosa con una institución al efecto por el Estado, a

<sup>19</sup> *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, cuarta parte, Tercera Sala, Jurisprudencia 1917-1975, México, 1975, p. 265.

fin de que ésta garantice la deuda de su cocontratante a favor de un tercero extraño al contrato.

Pero es necesario examinar no sólo la posibilidad de celebrar una fianza de empresa a favor de tercero, sino con base en nuestro derecho positivo, determinar cuál es la naturaleza jurídica del acto celebrado por el fiado y la institución afianzadora, que tiene como consecuencia que ésta asuma la obligación de pagar la deuda ajena.

El punto toral que ha preocupado a los diversos autores que han escrito sobre este tema, es el relativo a las excepciones oponibles al tercero beneficiario de una fianza, pues si como se ha visto antes, en los contratos a favor de tercero, de acuerdo con nuestro derecho positivo y las legislaciones extranjeras, el promitente puede oponer las excepciones derivadas del contrato donde se originó el derecho del tercero; en este caso, podría oponerse al beneficiario de la fianza, sea el fisco o un particular, la excepción de *non adimpleti contractus* o la de compensación en caso de que el fiado-estipulante no pagara las primas y hasta demandar la resolución del contrato por incumplimiento.

33.—TESIS DEL COMITÉ DE INSTITUCIONES DE FIANZAS. Ya en 1946, el Comité de Instituciones de Fianzas de la Asociación de Banqueros de México, presentó un trabajo a la Primera Convención Nacional de Seguros y Fianzas en el que expone una tesis que consiste básicamente en desdoblarse la operación de las afianzadoras en dos actos: contractual el primero, por el cual se obligaría la empresa a expedir una póliza, mediante el pago de una prima; y unilateral el segundo, consistente en la expedición de la póliza misma a favor del beneficiario.<sup>20</sup>

De esa teoría, concluye el Comité de Instituciones de Fianzas que el acreedor, "no interviene en la concertación<sup>21</sup> de los compromisos con la Compañía Fiadora, sino que se mantiene como tercero, es menester procurarle un instrumento seguro para su derecho, y ello requiere que a la póliza se le atribuya la característica de literalidad que corresponda a las necesidades que debe satisfacer".<sup>22</sup>

Y termina el Comité su razonamiento con este párrafo, que trans-

<sup>20</sup> Comité de Instituciones de Fianzas de la Asociación de Banqueros de México, *Notas sobre la naturaleza y caracteres de la fianza onerosa mercantil*, en la *Memoria de la Primera Convención Nacional de Seguros y Fianzas*, (1946), México, pp. 464 y ss.

<sup>21</sup> La palabra *concertación*, significa contienda, disputa, de acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, por lo que es un evidente error de la semántica emplear ese vocablo para designar la acción de concertar, que significa componer, ajustar. La palabra adecuada debió ser *concerto*, que significa ajuste, convenio.

<sup>22</sup> Comité de Instituciones de Fianzas, *ob. cit.*, p. 472.

cribo integro, para que quede constancia del alcance de su pensamiento:

"Decimos que la póliza es literal en cuanto que la obligación de la Compañía Fiadora, de responder por la deuda ajena, que es lo específico de la fianza, no surgirá sino hasta que constituya la declaración unilateral en el documento que es la póliza y siendo ésta la causa eficiente de la obligación, los términos de la misma serán decisivos para determinar su situación obligacional, sin que para ello deban tenerse en cuenta los motivos, contratos, etcétera, que la Empresa tuvo como antecedentes para la expedición de la póliza, ya que tales actos en la mayoría de los casos no son conocidos, ni le interesan al beneficiario el que estaría poco dispuesto a aceptar como garantía de sus derechos un compromiso cuyo alcance no pudiera determinar en forma visible y objetiva."<sup>23</sup>

Para llegar a la conclusión de que las excepciones derivadas del contrato celebrado por el fiado con la afianzadora, el Comité de Instituciones de Fianzas tuvo que forzar la realidad creando el desdoblamiento de la operación de fianzas, que repugna con el carácter oneroso de la misma y no puede explicar por qué un contrato que ya se agotó con el cumplimiento consistente en la expedición de la póliza, pueda seguir originando el pago de primas anuales.

La tesis del Comité expuesta durante la vigencia de la Ley de Instituciones de Fianzas de 1942, es insostenible, como lo demuestra Ruiz Rueda en una de sus obras, por lo que considero inútil repetir sus argumentos, máxime que haré uso de algunos de ellos al referirme a otra opinión sostenida en relación con la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950.<sup>24</sup>

34.—TESIS DE CERVANTES ALTAMIRANO. Posteriormente Cervantes Altamirano, en interesante tesis profesional, una de las más brillantes sobre el tema, sostiene que el acto celebrado por el fiado o deudor principal con la afianzadora, a fin de que ésta garantice ante un tercero la deuda de aquél, es una estipulación a favor de tercero, pero adhiriéndose al dogma de la infalibilidad del legislador, afirma que la obligación del fiador nace de una declaración unilateral de voluntad contenida en el contrato que celebra con el fiado; pero lo más interesante de esta parte de su tesis es su preocupación por la oponibilidad de las excepciones derivadas del contrato, según lo establece el artículo 1872 del Código Civil del Distrito Federal, lo que puede afec-

<sup>23</sup> *Id., Id.*

<sup>24</sup> Ruiz Rueda, *ob. cit.*, capítulo primero, pp. 33 a 60.

tar gravemente la posición del acreedor, especialmente por lo que respecta a la excepción de *non adimpleti contractus*, por hechos o abstenciones del fiado.

Expone con toda claridad la gravedad del problema, pues perjudicaría grandemente al beneficiario de la fianza, el que la afianzadora le pudiese oponer la excepción de incumplimiento de contrato o hiciera uso del derecho a pedir la resolución del mismo.

Pero a pesar de que las afianzadoras nunca habían hecho uso de esos derechos, cuando escribió Cervantes Altamirano su tesis, en 1950, y no creo que lo hayan hecho hasta ahora, treinta y cinco años después, concluye que el peligro para el beneficiario existe —aunque las afianzadoras por razones comerciales no hayan acudido a esos medios de defensa.

Sin embargo, propone, como solución de *lege ferenda*, el que esta forma específica de estipulación a favor de tercero “no se afectara por las excepciones que se derivan del contrato”; sino que una vez emitida la declaración unilateral de voluntad que constituye, según él, la fuente del derecho del tercero, ésta quedara desvinculada del contrato donde se realizó la estipulación a favor de tercero y, de esta manera, no podría la afianzadora oponer a éste las excepciones derivadas del contrato.

Cervantes Altamirano sostiene que su solución de *lege ferenda* no puede ser válida de *lege lata*, por ir en contra del artículo 1872 del Código Civil que permite oponer las excepciones derivadas del contrato al tercero beneficiario, no existir otra disposición legal que estableciera una excepción al mismo y no ser posible que la costumbre continúe de las afianzadoras de no hacer uso de esas defensas, modificara el contenido del precepto citado.<sup>25</sup>

35.—SOLUCIÓN DE RUIZ RUEDA. En 1956, Ruiz Rueda, en *La Fianza de empresa a favor de tercero*, tuvo en cuenta esa misma preocupación de los estudiosos de este tema, por lo que, en su contraproyecto de ley del contrato de fianza de empresa con que terminó su libro, propone algunos artículos para solucionar el problema, fundándose en los siguientes conceptos:

“... siguiendo el sistema de los artículos 1872, 1949 y 2812 del Código Civil del Distrito Federal, se propone la regla general de que la fiadora puede oponer al acreedor, aun cuando sea tercero beneficiario (salvo prohibición legal al respecto) todas las excepciones derivadas del contrato de fianza así como las de nulidad y

<sup>25</sup> Cervantes Altamirano, Efrén, *Fianza de empresa (Antecedentes históricos y naturaleza jurídica)*, México, 1950, pp. 126 a 138.

de extinción del mismo; pero en las fianzas judiciales o en aquéllas a favor del fisco, se prohíbe a la fiadora oponer las excepciones de contrato no cumplido, de resolución por falta de pago de prima, o de nulidad de la fianza.

“La importancia excepcional de esta prohibición, proviene del hecho notabilísimo de que un tanto por ciento muy elevado de fianzas de empresa, se contrata a favor del fisco o en forma de fianzas judiciales, que son también a favor de tercero.

“Estas dos variedades merecen un tratamiento especial, porque su otorgamiento constituye una *carga* que el fiado debe cumplir para lograr la realización de un interés propio que consiste generalmente en que surja para él una situación provechosa. Si esa situación duradera por un término indeterminado, pero determinable, estuviera condicionada en su eficacia —o sea en la producción de sus efectos legales— por la validez o por el cumplimiento de las prestaciones del contrato de fianza de donde nace la obligación fiadora; evidentemente se burlaría la ley y dejarían de estar garantizadas las obligaciones principales respectivas.

“Se busca de esta manera hacer que legalmente se *abstraiga* lo más que sea posible la obligación del fiador respecto del contrato de donde deriva, para que la carga impuesta, se cumpla verdaderamente y no sea algo nugatorio o simplemente eventual.”<sup>26</sup>

Este autor considera, al igual que Cervantes Altamirano, que de acuerdo con la legislación vigente en la fecha en que cada uno escribió su monografía, no era posible de *lege lata* declarar inoponibles al tercero beneficiario las excepciones derivadas del contrato, en el que nació el derecho del tercero.

36.—SUPUESTA VARIANTE DE LA TESIS DE RUIZ RUEDA. Concha Malo, en su citada tesis profesional, después de exponer las opiniones a que he hecho referencia en los párrafos anteriores, menciona como una nueva postura de Ruiz Rueda la que, según él, es una variante de la que este autor expuso en su primera obra sobre fianza, expresándose de esta manera:

“En efecto el maestro Luis Ruiz Rueda en su libro ‘*El contrato de fianza de empresa en el proyecto de Código de Comercio*’ publicado en 1960, es decir cuatro años después de la aparición de su libro, ya citado tantas veces ‘*La fianza de empresa a favor de tercero*’, sostiene, en pocas palabras, que el contrato que hemos denominado en páginas anteriores, ‘solicitud’ es propiamente el contrato de fianza de empresa, es decir, que la relación contractual entre solicitante

<sup>26</sup> Ruiz Rueda, *ob. cit.*, pp. 231 y 232.

y afianzadora y de la que ha brotado la estipulación fiadora a favor del acreedor, es en sí el contrato de fianza de empresa, dejando, pues, de ser un contrato *'sui generis'* e inominado [sic]. (Cfr. pp. 110 a 102 y 113 [sic] de la primera obra citada).

"Creemos que esta postura no es sino una variante de la tercera teoría porque si la obligación fiadora no es a favor del solicitante, que es la contraparte en el contrato solicitud —y que llama de fianza el autor que se menciona— sino del acreedor, que por no haber sido parte en el mencionado contrato, es un simple tercero, ajeno a dicha relación contractual, y en consecuencia la citada obligación fiadora no es otra cosa que una estipulación a favor de tercero, nacida del citado contrato, lo que sostuvo el comentado autor en su obra de 1956, y que ya hemos expuesto como tercera teoría

"En suma, pues, nuestro autor lo único que hace, en su más reciente obra, es *'bautizar'* como de fianza el contrato solicitud."<sup>27</sup>

A reserva de hacer posteriormente la crítica no sólo de la terminología, sino del concepto mismo de *contrato-solicitud*, por ahora sólo quiero llamar la atención, respecto a los siguientes puntos:

Aunque los párrafos transcurridos no son absolutamente claros, de ellos se desprende que causó extrañeza a Concha Malo que se denominara a una *estipulación a favor de tercero*, por la que se asume la obligación de pagar la deuda ajena, *contrato de fianza*, como si la calificación de un acto, como *estipulación a favor de tercero*, excluyera necesariamente el que se le califique como cualquier otro contrato típico o nominado y esto es un error absoluto de Concha Malo.

En efecto, como varias veces lo he expresado en este trabajo, la figura de la estipulación o contrato a favor de tercero es sólo una forma de contratar, cuyo contenido es muy variado; pero así pueden darse numerosos contratos a favor de tercero, como el seguro de vida, que no por ser un contrato a favor de tercero, deja de ser seguro de vida; el transporte que es otro de los típicos contratos que frecuentemente se celebran a favor de tercero; la donación con carga, el depósito con cláusula de restituir a un tercero; todos estos contratos conservan su esencia y conservan, como consecuencia su nombre, como puede comprobarse consultando cualquier monografía sobre contratos a favor de tercero, cualquier manual o tratado sobre seguros o transportes y cualquiera de las obras generales de derecho civil, de las que, como botón de muestra, me permito citar la de Bonnacase, quien dice:

"602.—EJEMPLOS DE ESTIPULACIÓN PARA OTROS. Se podrían dar sin

<sup>27</sup> Concha Malo, *ob. cit.*, pp. 125 y 126.

limitación, ejemplos de estipulación para otros. Nos vamos a contentar con algunas hipótesis. Encontramos, en primer lugar, la estipulación para otros en *materia de seguros*, ya se trate de un seguro de vida en provecho de tercero o de un seguro por cuenta de quien corresponda o de un seguro de incendio cuando la póliza contiene cláusulas en favor de tercero, como los arrendatarios. La *donación con cargas* constituye una segunda aplicación puesto que se estipula con el donatario una prestación en provecho de otra persona. Citemos, en fin, el *transporte de mercancías* cuando el destinatario es una persona distinta del cargador. (Cass, 26 ene. 1915, D. 1916. 1. 47) ..."<sup>28</sup>

En el pasaje transcrito de Bonnacase, se designa a los diversos contratos a favor de tercero, con el mismo nombre que les corresponde cuando sólo surten efectos entre las partes contratantes. Igualmente, los tratadistas de seguros unánimemente reconocen que el seguro de vida es un contrato típico a favor de tercero y no por eso deja de ser seguro, como nuestra misma Ley sobre el Contrato de Seguro lo reconoce al establecer, en los artículos 153, 154, 156, 163, 165 y 166, las normas relativas a la designación de beneficiario en seguro sobre las personas, sin que por eso deje de ser un contrato de seguro y sin que se le apliquen todas sus normas a este tipo de contratos, pues no se trata de una simple cuestión terminológica, sino de fondo.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Bonnacase, Julien, *Précis de droit civil*, tomo II, París, 1934, p. 492. Véase también la traducción al español de esa obra, *Elementos de derecho civil*, tomo II, Puebla, 1945, p. 485, aunque la traducción del párrafo transcrito es defectuosa, por lo que respecta a la expresión "*stipulation pour autrui*", que se tradujo como estipulación por tercero, en vez de *para* tercero, error que ya se hizo notar en el párrafo 12 de la parte de este trabajo (Revista de Investigaciones Jurídicas N° 7, nota 49); y también es errónea la traducción de la expresión "*assurance pour le compte de qui il appartiendra*" que significa *seguro por cuenta de quien corresponda*, expresión usual en materia de seguros para designar el contrato por cuenta de otro sin designación de la persona del tercero asegurado (artículo 11 de nuestra Ley sobre el Contrato de Seguro). El verbo francés *appartenir* puede traducirse por pertenecer, incumbir, ser propio de *corresponder* (Reyes, Rafael, *Diccionario francés-español y español-francés*, Madrid, 1956, p. 34, 2ª columna).

<sup>29</sup> Cfr. Colin, Ambroise y Henri Capitant, *Traité de droit civil*, tomo II, París, 1959, pp. 545 y 546, N° 978, donde se refiere al seguro y al transporte a favor de tercero; Mazeaud, Henri, León y Jean, *Leçons de droit civil*, tomo III, París, 1960, p. 1258, N° 1579 (seguro por cuenta) pp. 1276 y 1277, N° 1608 (seguro de vida) pp. 1291 y 1292, N° 1623 (renta vitalicia); Esmein, Paul, *Obligations*, primera parte, tomo VI del *Traité pratique de droit civil français de Planiol Ripert*, París, 1952, pp. 458 y 460, N° 355, (seguros y transportes a favor de tercero); Rossel, Virgile, *Manuel de droit fédéral des obligations*, tomo I, Lausana, Ginebra, 1920, p. 168, N° 237 (seguros a favor de tercero) y pp. 167 y 168, N° 236 (renta vitalicia); Eneccerus-Lehmann, *ob. cit.*, p. 176; Ruggiero, Roberto de, *Instituciones de derecho civil*, tomo II, p. 312, Madrid, 1931 (seguro, transporte, renta vitalicia a favor de tercero); Albaladejo, Manuel, *Derecho civil*, tomo II, vol. I, Barcelona,

Concha Malo pretende basarse en un párrafo de Sánchez Medal para concluir que son cosas distintas la estipulación a favor de tercero y la creación contractual de derechos a favor de tercero;<sup>30</sup> pero la opinión de éste dista mucho de lo que interpretó aquél, como puede comprobarse consultando la obra *De los contratos civiles*, del maestro Sánchez Medal, quien al referirse a las excepciones al principio general de la relatividad o de la producción de efectos directos del contrato entre las partes menciona las siguientes:

"a) La posible creación contractual de derechos a favor de tercero, que ocurre en la estipulación en favor de tercero (1869 y 1871), en el señalamiento de destinatario o beneficiario en el contrato de transporte 2656-III), en la renta vitalicia constituida a favor de tercero (2777)..."<sup>31</sup>

Si examinamos este párrafo aisladamente pudiera parecer que Sánchez Medal considera como de diferente naturaleza la estipulación a favor de tercero y los diferentes contratos nominados en los cuales la ley prevé el nombramiento de terceros beneficiarios; pero así como las leyes deben interpretarse relacionando sus distintos preceptos, el pensamiento del autor se comprende mejor, analizando las distintas partes de su obra, por lo que un mínimo de prudencia aconseja consultar lo que expresa en esa misma obra, al tratar de los contratos de renta vitalicia y transporte.

Al tratar de la renta vitalicia manifiesta que el pensionista puede ser un tercero y en este caso, según Pacchioni, el derecho siempre es revocable, por lo que no será aplicable el artículo 1871 del Código Civil.

1977, p. 453, N<sup>o</sup> 8; Pacchioni, *ob. cit.*, pp. 286 a 371; Dassen, *ob. cit.*, pp. 13 y 14 (seguro de vida, de responsabilidad civil, donación con carga, transporte); Donati, Antigono, *Los seguros privados*, Barcelona, 1960, pp. 197 y 198; Picard Maurice y Andre Besson, *Traité général des assurances terrestres en droit français*, tomo IV, pp. 400 a 403, N<sup>o</sup> 171; Besson, André, *Assurances*, en la segunda parte del tomo XI del *Traité... de Planiol-Ripert*; Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, tomo VI, Buenos Aires, 1955, p. 179, N<sup>o</sup> 28; Asquini, Alberto, *Del contrato de transporte*, Vol. I, tomo 12 del *Derecho comercial* de Bolaffio-Rocco-Vivante, Buenos Aires, 1935, pp. 161 a 169; Cámara, Héctor, *Contrato de transporte de cosas*, Buenos Aires, 1946, pp. 61 a 64; respecto al controvertido tema del fideicomiso, véase Barrera Graf, Jorge, *Estudios de Derecho mercantil. Dos estudios sobre fideicomiso*, México, 1958, pp. 357 a 368; Villagordoa Lozano, José Manuel, *Doctrina general del fideicomiso*, capítulo IV, *El fideicomiso y el contrato a favor de tercero*, México, 1976, pp. 133 a 169; González de Castilla, Fernán, *Bases para una teoría general del fideicomiso mexicano*, México, 1977, pp. 21 a 26.

<sup>30</sup> Concha Malo, *op. cit.*, pp. 135 y 136.

<sup>31</sup> Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, México, 1978, p. 73.

Sin que por ahora interese la cuestión de la revocabilidad del derecho del tercero, es preciso hacer notar que si el autor que comento no considerara que la renta vitalicia a favor de tercero es precisamente un caso específico de estipulación a favor de tercero, no tenía por qué hacer referencia al artículo 1871 del Código Civil.<sup>32</sup>

Por lo que se refiere al contrato de transporte, es todavía más explícito el maestro Sánchez Medal, como puede verse en el párrafo que transcribo:

"Puede, además, tener relación con este contrato un tercero, llamado *destinatario* o *consignatario*, en el transporte de cosas, y cuyo tercero es señalado en el contrato como beneficiario para recibir dichas cosas (2656 III). Aunque en este último caso puede considerarse que se trata de un *contrato en favor de tercero*; sin embargo, no se aplican a él todas las disposiciones de la estipulación en favor de tercero, especialmente la referente a la irrevocabilidad de la designación del destinatario, aunque éste haya tenido ya conocimientos de tal designación y la haya aceptado (Pacchioni) o sea, no es aplicable al artículo 1871 del Código Civil, a menos que se tratase de un transporte mercantil en el que se hubiera expedido una carta de porte y tuviera ésta el carácter de un título de crédito en poder del tercero, pero en este caso los derechos irrevocables del tercero derivarían de que es el tenedor del documento el titular del derecho incorporado a él, y no dimanarían propiamente de la irrevocabilidad de la estipulación a favor de ese tercero."<sup>33</sup>

De lo dicho por Sánchez Medal al tratar de las excepciones a los efectos relativos de los contratos, así como al referirse a los contratos de renta vitalicia y transporte, se desprende que, para ese autor, la estipulación a favor de tercero reglamentada en los artículos 1868 a 1872 del Código Civil es una figura genérica, que puede darse específicamente en diversos contratos, respecto de los cuales algunas veces la misma ley prevé expresamente la hipótesis de que se celebren a favor de tercero, lo cual coincide con lo que tantas veces se ha dicho en este trabajo. Por lo tanto, llamar estipulación a favor de tercero a un contrato de fianza, de renta vitalicia, de seguro, de transporte o cualquier otro que cree derechos a favor de tercero, es lo jurídicamente correcto de acuerdo con la ley y la unanimidad de la doctrina, sin que pierdan su nombre específico, pues siguen siendo contratos de renta vitalicia, de seguro, de transporte, etcétera.

<sup>32</sup> *Id.*, p. 382.

<sup>33</sup> *Id.*, p. 309.

Es por esto, totalmente inoportuna la concesión graciosa que hace Concha Melo al supuesto *bautizo* que Ruiz Rueda realizó con el *contrato de fianza de empresa*, al considerar que "jurídicamente no sería del todo absurdo llamar de fianza" al contrato celebrado entre el fiado y la afianzadora, porque nuestro Código Civil designa a la renta vitalicia a favor de tercero con este nombre.<sup>34</sup>

Estas observaciones de Concha Malo, revelan que, aunque su tesis no tiene como tema central la estipulación a favor de tercero; por hacer referencia a esta figura con mucha frecuencia, ya que así lo requieren los temas que trata, no fueron suficientes las obras que consultó sobre esta interesante cuestión de los contratos a favor de tercero, ya que aparte de Sánchez Medal, Cervantes Altamirano y Ruiz Rueda,<sup>35</sup> a quienes cita en diversas ocasiones, no citó, directamente, otros autores que tratan el tema, pues de ser así, hubiera saltado a su vista esta unanimidad de criterio, respecto a que la estipulación de un derecho a favor de una persona extraña a un contrato, no cambia la naturaleza del mismo y se sigue rigiendo por las normas del contrato que dio origen a la estipulación.

Por lo que respecta al supuesto *bautizo* del contrato de fianza, del que sería ministro Ruiz Rueda, cabe recordar que ya en 1934, al reformarse el artículo 47 de la Ley General de Instituciones de Crédito, que regía también a las afianzadoras, se estableció que "Ninguna compañía o individuo podrá celebrar *contrato de fianza* que cubra pérdidas que puedan resultar por actos de personas residentes en el país o que en él deban cumplir determinadas obligaciones, sin estar legalmente autorizados por el Gobierno Federal..."<sup>36</sup>

Las operaciones de fianza a las que la Ley de 1926, reformada en 1934, llamaba *contratos de fianza*, son las que el artículo 223 de la misma enumeraba y que eran fianzas a favor de la Hacienda Pública Federal, de los Gobiernos del Distrito y Territorios Federales y de los Municipios; las que se otorgan a favor de particulares, así como las fianzas judiciales.<sup>37</sup> Salta a la vista que eran numerosas las fianzas a favor de tercero, que eran designadas, al igual que las contratadas por las compañías afianzadoras con el titular de la deuda garanti-

<sup>34</sup> Concha Malo, *ob. cit.*, p. 126.

<sup>35</sup> Concha Malo cita varias veces los nombres de Pacchioni y Mazeaud (véanse pp. 83, 102, 110 y 113); pero sin mencionar los nombres de sus obras, lo que hace suponer que sólo conoció sus ideas a través de los tres autores que menciono en el texto.

<sup>36</sup> Secretaría de Hacienda y Crédito Público, *Legislación, cit.*, p. 74.

<sup>37</sup> *Id.*, p. 57.

zada, *contratos de fianza*, de donde se concluye que el *bautizo* es muy anterior a la segunda obra de Ruiz Rueda, que data de 1960.

Creo inútil mencionar todos los artículos de la Ley de Instituciones de Fianzas de 1943 de la que sí fue autor el supuesto *bautizante del contrato de fianza a favor de tercero*, en los cuales se designa la operación propia de esas instituciones con el nombre de *contrato de fianza*, independientemente de que surtiera efectos sólo entre los contratantes, como es generalmente la de fidelidad, o de que fuera a favor de tercero.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950 también emplea la expresión *contrato de fianza*, indistintamente, para designar las fianzas que surten efectos sólo entre las partes contratantes o a favor de un tercero extraño al contrato. Así, por ejemplo, el artículo 9º disponía que "La persona que como intermediaria proponga, ajuste o concluya *contratos de fianza* sin ser agente conforme a esta Ley, será sancionada con multa..."

Es obvio que este artículo prohibía la actividad de agente en relación con toda clase de fianzas y a todas se les designa como *contratos de fianza*. Si se examina con detenimiento esta ley se verá que usa como sinónimos, las expresiones *fianza* y *contratos de fianza*.<sup>38</sup>

Con posterioridad a la tesis de Concha Malo en 1981, se reformó la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que conserva la mayoría del articulado anterior, pero se introducen algunos artículos en que denomina contrato de fianza a todas las operaciones propias de las afianzadoras; pero de esto me ocuparé después.

Sólo quiero agregar que desde su primer artículo sobre fianzas en 1945, así como en el primero de sus libros, Ruiz Rueda ya designaba la fianza a favor de tercero con el nombre de *contrato de fianza*, como puede comprobarse, leyendo este párrafo: "en esta exposición y en el articulado del contraproyecto, se habla siempre de *contrato de fianza a favor de tercero*, que es el más frecuente y que proviene de una estipulación entre fiador y deudor principal (generalmente) a favor de tercero, que es el acreedor".<sup>39</sup> El artículo segundo del contraproyecto, que se incluye en las dos obras de Ruiz Rueda, confirma el uso de la expresión *contrato de fianza* para designar tanto el que se celebra en favor del contratante o de tercero; no es pues exacto el que hasta su segunda obra, escrita sólo cuatro años después de la primera, *bautizara* a las operaciones fiadoras a favor de tercero, como

<sup>38</sup> Artículos 1º, 12, 29, 30, 31, 33, 34, 117.

<sup>39</sup> Ruiz Rueda, *ob. cit.*, p. 227; *El régimen publicista de las empresas de fianzas*, en *Jus.*, N° 86, septiembre de 1945, p. 244.

*contratos de fianza*, ni es exacto que dijera que este contrato dejó así de ser *sui generis*, expresión con la que nunca lo calificó; y por lo que se refiere a su carácter de contrato nominado, desde su primera obra hace referencia a este carácter<sup>40</sup> y no en la segunda en la que simplemente lo repite.<sup>41</sup>

37.—TESIS DE CONCHA MALO. Este autor, después de exponer y criticar las distintas tesis de los que han tratado el tema de la naturaleza jurídica del acto que da origen a la obligación fiadora, se adhiere a la del Comité de Instituciones de Fianzas; pero pretende basarla en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950.

Sostiene que el acto celebrado por el fiado con la afianzadora, para que ésta garantice ante un tercero la deuda de aquél, es un contrato que tiene como objeto el que la institución contraiga una obligación de hacer, consistente en asumir una deuda a cambio del pago de una prima; celebrado este acto, al que llama *contrato-solicitud* la institución, en cumplimiento del mismo, realiza un acto jurídico unilateral, mediante el que se obliga ante el tercero.

Invoca, en apoyo de su postura, el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1960, al que cita de esta manera: "Las Instituciones de Fianza sólo asumirán obligaciones como fiadoras mediante el otorgamiento de pólizas... el beneficiario, al ejercitar su derecho deberá probar que la póliza fue otorgada... la devolución de una póliza a la institución que la otorgó establece a su favor la presunción de que su obligación como fiadora se ha extinguido".

De este artículo concluye que la emisión de la póliza, acto unilateral de la afianzadora, es la fuente de la obligación fiadora.<sup>42</sup>

Es preciso hacer notar que el artículo citado fue mutilado en una parte importante, pues se omitió el inciso c) que dice que las pólizas contendrán: "*Las estipulaciones que convengan* las partes, pero que no podrán contravenir lo establecido por esta ley ni en la legislación mercantil."

El inciso transcrito demuestra que el legislador no consideró que la póliza fuera la expresión de un acto unilateral proveniente exclusivamente de la fiadora, sino la constancia donde se contienen las *estipulaciones que convinieron* las partes; malamente se puede hablar de *partes*, en plural, en un acto jurídico unilateral.

Pero además, el artículo 9º de la misma ley al que he hecho refe-

<sup>40</sup> Ruiz Rueda, *ob. cit.*, p. 119. Sumario: núm. 6: "*La fianza de empresa contrato nominado*", y p. 124.

<sup>41</sup> Ruiz Rueda, Luis, *El contrato de fianza de empresa en el proyecto de Código de Comercio*, México, 1960 p. 100.

<sup>42</sup> Concha Malo, *ob. cit.*, pp. 120 y 121.

rencia, establece que: "La persona que como intermediaria proponga ajuste o concluya *contratos de fianza* sin ser agente conforme a esta Ley, será sancionada con multa..." Este texto revela nuevamente que el legislador de 1950 consideró *contratos de fianza* a todos los que celebran las afianzadoras para garantizar la deuda ajena, sea con el fiado o con el acreedor, con lo que cae por tierra la alambicada teoría del desdoblamiento de la fianza de empresa en dos actos jurídicos distintos, pues el artículo prohíbe la actividad de intermediarios no autorizado, sin importar qué carácter tenga el contratante, es decir, la prohibición se dirige a la intermediación en toda clase de fianzas y éstas se originan siempre en un contrato, pues si no el artículo debía mencionar también la prohibición de intervenir en la realización de declaraciones unilaterales de voluntad, pues iría en contra la lógica el que se prohibiera la intervención de agentes no autorizados, sólo en los contratos de fianza, que, según el autor que comento, sólo son los que celebra la afianzadora con la institución, como por ejemplo, las fianzas de fidelidad y los reafianzamientos,<sup>43</sup> y se permitieran en las demás operaciones.

38.—LA FORMA EN LA FIANZA DE EMPRESA. Por lo que respecta a la argumentación basada en la formalidad que exige el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950, en el sentido de que las afianzadoras sólo se obligarán mediante pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas, para fundamentar la tesis del desdoblamiento de la operación de fianzas, carece igualmente de consistencia.

El legislador, para efectos de un control estricto del pasivo de las afianzadoras, exige esa formalidad, como para muchos otros contratos lo requiere por diversas razones; pero esta exigencia no impide que el contratante, o el tercero beneficiario, pudieran ejercitar la acción *pro forma*, en el caso de que la afianzadora expresara su consentimiento por escrito, expidiendo el recibo de la prima y posteriormente se negara a expedir la póliza; aunque en la práctica es difícil que esto suceda, por la urgencia que generalmente se tiene en que la fianza se otorgue con celeridad; pero esto no elimina la posibilidad.

Veamos cómo se realiza en la práctica la expedición de las fianzas, propuestas por el fiado: el contratante llena el formulario que contiene el clausulado uniforme, que es firmado por él y del que nunca

<sup>43</sup> Concha Malo, *ob. cit.*, p. 111, donde dice que "No existe ningún obstáculo para aceptar dicha teoría contractual, cuando en efecto, como en el caso de la fianza de fidelidad y de los reafianzamientos..." Sin embargo, el capítulo IV, denominado *El reafianzamiento*, pp. 171 a 220, tiene por finalidad demostrar que el reafianzamiento no tiene el carácter de contrato de fianza.

se le da copia, aun cuando en algunos de esos formularios se señala el lugar donde deben firmar las dos partes: fiado y afianzadora.

El contratante de la fianza recibe como constancia de la aceptación de la afianzadora la póliza misma y el recibo de la prima.

El autor de la iniciativa, que después se convirtió en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, no pudo ignorar esta práctica, semejante a la que se realiza en materia de seguros, por lo que lo único que hizo fue elevar a requisito de validez, la expedición de la póliza, que es la forma normal, mediante la que las afianzadoras expresan la aceptación de la oferta hecha por el fiado.

El artículo 117 exige que el beneficiario pruebe por escrito que la póliza fue expedida, lo cual no impide que en un acto prejudicial pueda, mediante una inspección en la documentación de la afianzadora, demostrarse la expedición de la póliza, o bien podría darse el caso de una póliza extraviada cuya expedición se probara, mediante una carta de la afianzadora en que hiciera referencia al envío del documento extraviado, lo cual sería una prueba escrita de que la póliza se expidió, independientemente de la dificultad que indudablemente se presentaría para probar todo el contenido de la póliza.

Por otra parte, si tenemos en cuenta lo que ya se hizo notar, en el sentido de que la póliza debe contener las estipulaciones de las partes, se confirma que este documento es la prueba del contrato, que el legislador elevó a requisito formal, pero no constituye un acto jurídico nuevo que dé nacimiento a la obligación de la fiadora.

39.—INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 12 Y 96 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS. Se pretende deducir del texto de los artículos 12 y 96 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que estas disposiciones consagran la tesis del desdoblamiento de la operación de fianzas, porque el primero de ellos habla de la fianza y los *contratos que en relación con ellas otorguen o celebren* las instituciones de fianzas y, por lo tanto, esa expresión se refiere al mal llamado *contrato-solicitud*.<sup>44</sup>

No se toma en cuenta para interpretar en esta forma esa disposición, que en relación con las fianzas se celebran multitud de contratos para constituir las contragarantías y que indudablemente se refiere a ellas el artículo, al mencionar que pueden intervenir en ellos, solicitantes, fiados, contrafiadores u obligados solidarios.

Por lo que se refiere al artículo 96, que dispone que el documento que consigne la obligación del solicitante, fiado, contrafiador u obligado solidario trae aparejada ejecución, nada apoya la tesis del des-

<sup>44</sup> Concha Malo, *op. cit.*, pp. 121 y 122.

doblamiento de la operación de fianzas, pues el legislador tuvo en cuenta que las dos voluntades del contratante y la afianzadora pueden constar, y así sucede muchas veces, en dos documentos distintos: la oferta, mal llamada solicitud, y la póliza; y aun cuando se haga constar el consentimiento de la afianzadora en el primero de esos documentos, éste es el que queda en poder de la institución y es el que sirve de documento base de las acciones que le concede la ley. Nada tiene de extraño, por lo tanto, que el legislador, designara con un nombre genérico a los diversos documentos en que constan las obligaciones del fiado y de los contragarantes, pues éstos pueden tener diverso contenido y el legislador no podía desconocer la práctica diaria de las instituciones para las que legisla.

En suma, la tesis de Concha Malo idéntica a la del Comité de Instituciones de Fianzas de 1946, no tiene apoyo en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950 y, por otra parte, como ya se demostró, una de las premisas de que parte: la imposibilidad lógica y jurídica de que fiador y fiado celebren una estipulación a favor de tercero, es falsa; pero sobre todo esto, no logra explicar cómo la fianza de empresa que necesariamente debe ser onerosa puede tener este carácter, si la fuente de la obligación fiadora es una declaración unilateral de voluntad, pues, en todo caso, el acto oneroso sería sólo el llamado *contrato-solicitud* y no la fianza; ni tampoco explica el porqué se siguen causando primas anuales cuando la obligación fiadora sigue vigente más de un año, pues esto revela una interrelación entre la obligación fiadora y la del contratante de la fianza, de donde se concluye que la supuesta declaración de voluntad de la institución no puede desligarse del contrato y, por lo tanto, las obligaciones que nacen de ese acto jurídico son la de pagar las primas y la de garantizar el pago de la deuda ajena y estamos, por consiguiente, en presencia de un contrato a favor de tercero.

En las reformas de 1981, posteriores a la monografía comentada, los artículos 9º, 85 y 111, fracciones VI y IX, emplean el término contrato de fianza, el verbo contratar y su derivado contratación para designar los actos jurídicos por los cuales las afianzadoras contraen la obligación de garantizar la deuda ajena, por lo que la postura del legislador es clara al respecto; pero independientemente de la terminología empleada por la ley, la naturaleza que se deriva de las normas que rigen estos actos, no puede ser otra que la de contratos celebrados por la afianzadora, en ocasiones con el acreedor y muchas veces con el fiado, a favor de un tercero, por lo que la figura de la estipulación a favor de tercero, es suficiente para explicar y solucionar los

problemas que presenta la fianza de empresa, cuando se contrata por el fiado.

Por otra parte, aunque hay que reconocer que "no existe obstáculo alguno para que en el derecho se den figuras nuevas que sean lo suficientemente acordes con las condiciones sociales, que por naturaleza son variables, pues de lo contrario el derecho no sería, como se pretende, un instrumento eficaz de regulación de las relaciones humanas, sino más bien una ordenación obsoleta, que se convertiría en obstáculo o freno de la natural evolución social";<sup>45</sup> también hay que tener en cuenta que antes de multiplicar innecesariamente las figuras jurídicas, es necesario estudiarlas a fondo, teniendo en "mente aquel adagio filosófico que reza que 'los entes o conceptos no deben de multiplicarse sin necesidad'".<sup>46</sup>

El desdoblamiento de la operación de fianzas en dos actos jurídicos, uno de los cuales es el *contrato-solicitud* carece de base, es inútil y constituye una multiplicación de conceptos sin necesidad.

40.—LA OBLIGACIÓN ABSTRACTA. Como ya se hizo notar, una de las preocupaciones de los que han tratado estos temas, es la cuestión de la posibilidad de oponer al beneficiario de la fianza las excepciones derivadas del contrato que dio origen a la obligación fiadora.

El problema fue planteado por Cervantes Altamirano, en su obra ya comentada, porque al adoptar la postura que considera que la obligación fiadora nace de una estipulación a favor de tercero, sería aplicable el artículo 1872 del Código Civil que prevé la oponibilidad de las excepciones derivadas del contrato celebrado entre promitente y estipulante.<sup>47</sup>

Es indudable que, si se considera que este tipo de fianzas tienen su origen en una estipulación a favor de tercero, el problema queda en pie; pero veamos si con la tesis sustentada por el Comité de Instituciones de Fianzas, subsiste esta cuestión.

Si según esa tesis, la obligación fiadora surge de un acto unilateral, realizado en cumplimiento de un contrato; pero distinto e independiente de éste, ya no es posible hablar de excepciones derivadas de ese contrato, que es ajeno al beneficiario de la fianza, por lo que de ser correcta esa tesis, el problema quedaría resuelto.

Por lo tanto, toda la argumentación de Concha Malo, para demostrar el carácter abstracto de la obligación contenida en la póliza de

<sup>45</sup> Concha Malo, Ramón, *Ensayo sobre la naturaleza jurídica del "pedido"*, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, N° 6, primera parte, México, 1982, p. 189.

<sup>46</sup> *Id. Id.*, p. 190.

<sup>47</sup> Cervantes Altamirano, *ob. cit.*, p. 133.

fianzas es totalmente inútil, cuando constituye un añadido a la tesis del desdoblamiento de la operación fiadora.

Sin embargo, el problema debe ser resuelto si se sustenta la tesis de que la fianza contratada por el fiado es una estipulación a favor de tercero, pues, si bien, el tercero beneficiario es ajeno a la estipulación, al tener su derecho, origen en ésta, sería aplicable la regla general establecida por el artículo 1872 del Código Civil, que otorga al promitente el derecho a oponer al tercero las excepciones derivadas del contrato que contienen la estipulación.

41.—CONTRATO-SOLICITUD. Antes de seguir adelante con el tema, para encontrar la solución adecuada al problema planteado, quiero hacer notar lo inadecuado de la expresión *contrato-solicitud*, a pesar de que es ya vieja.<sup>48</sup>

Cualquiera que sea la postura que se adopte, en relación con la fuente de la obligación fiadora, las palabras *solicitud* y *contrato* no pueden ligarse para formar una sola expresión, pues el término *solicitud* indica un acto unilateral, jurídico o no, pero siempre unilateral, mientras que el *contrato* es un acuerdo de voluntades y la mal llamada *solicitud*, al ser aceptada, deja de ser tal, para formar parte de la esencia del contrato.

Resulta, pues, tan incorrecto el designar con la expresión *contrato-solicitud* al acuerdo de voluntades realizado por fiador y fiado, como resultaría incorrecta la expresión *contrato-oferta* o *contrato-aceptación*, para designar a cualquier acto jurídico bilateral, productor de obligaciones, pues desde el momento en que la oferta es aceptada, nace el contrato y deja de ser una simple oferta, por lo que malamente se puede agregar el nombre de ésta al acto que ya la presupone.

No es, por tanto, conforme a la semántica castellana y a la terminología propia de la ciencia jurídica, la expresión *contrato-solicitud* para designar el acuerdo de voluntades entre afianzadora y contratante, ya se le considere un contrato a favor de tercero, un contrato por el que se asume una obligación de hacer, o cualquier otro acto.

Es preferible el nombre empleado por el Comité de Instituciones de Fianzas en 1946, de contrato de expedición de póliza, pues aunque su tesis no sea aceptable jurídicamente, su expresión es gramatical y semánticamente correcta y adecuada a la tesis sustentada por ese organismo.

42.—EXCEPCIONES OPONIBLES AL BENEFICIARIO DE LA FIANZA. Hasta ahora no he expresado mi opinión, respecto a cuál es la solución que

<sup>48</sup> En la tantas veces citada obra de Cervantes Altamirano, p. 125, habla del "llamado *contrato solicitud*", lo que indica que la expresión es anterior a su tesis.

debe darse al problema de indudable interés práctico y no sólo especulativo, consistente en la posibilidad o imposibilidad de que la institución de fianzas oponga las excepciones derivadas del acto jurídico celebrado por ella con el fiado.

Resumiré las tesis que ya he expuesto anteriormente:

Cervantes Altamirano y Ruiz Rueda sostienen que son oponibles al beneficiario las excepciones derivadas del contrato celebrado por la institución y el fiado, por derivar el derecho de aquél de una estipulación a favor de tercero y el último lo afirma, aún bajo la vigencia de la Ley de Instituciones de Fianzas de 1950.

Ambos proponen reformar a la ley para que "dicha estipulación no se afecte por las excepciones que se derivan del contrato" (Cervantes Altamirano) o para "hacer que legalmente se *abstraiga* lo más que sea posible la obligación del fiador respecto del contrato de donde derivan" (Ruiz Rueda).<sup>49</sup>

El Comité de Instituciones de Fianzas de 1946 y Concha Malo sostienen que la obligación fiadora deriva de una declaración unilateral de voluntad, emitida en cumplimiento de un contrato y, por lo tanto, desvinculado de éste. Sin embargo, el segundo añade que conforme a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950, la obligación de la fiadora es *abstracta*.

Como puede verse, quien primero acudió a la noción de abstracción de la obligación de la fiadora fue Cervantes Altamirano, en 1950, y le siguió Ruiz Rueda, aunque ambos negaron que conforme a la ley vigente, cuando escribieron sus monografías, la abstracción fuera una realidad; en cambio Concha Malo sostiene la existencia de la abstracción; pero para ello tiene que acudir a la tesis del desdoblamiento de la operación fiadora en dos actos jurídicos, contractual el primero y unilateral el segundo, del que nace directamente la obligación fiadora, por lo que resulta superfluo el concepto de abstracción, que explica el autor, acudiendo a las teorías expresadas al respecto por los mercantilistas, en relación con los títulos de crédito, por ser en esta materia donde más se ha empleado la noción de obligación abstracta, por lo que llega a afirmar el autor que comento, que la obligación *abstracta* sólo puede nacer de una declaración unilateral de voluntad, lo cual no es exacto, como se demostrará en seguida.

En mi personal opinión, y en este punto me apartaré totalmente del autor cuyas ideas he defendido con plena convicción y buena dosis de pasión, la solución puede encontrarse dentro de los lineamientos de

<sup>49</sup> Cervantes Altamirano, *ob. cit.*, p. 133; Ruiz Rueda, *La fianza, cit.*, p. 232.

la figura del contrato a favor de tercero, sin necesidad de una reforma a la legislación actual.

En efecto, como tantas veces he dicho, la figura del contrato a favor de tercero, es *una forma de contratar*, que admite los más diversos contenidos, por lo que es muy difícil dar reglas generales rígidas para aplicarse a cualquier contrato a favor de tercero; por esto Pacchioni se oponía a la reglamentación general en esta materia y proponía se profundizara el estudio de cada figura típica de contrato a favor de tercero, como el seguro, la renta vitalicia, el transporte, etcétera.

Así como las acciones que pueden nacer para el beneficiario o para el estipulante, en el contrato a favor de tercero, dependen de la naturaleza económico-social que se manifieste en el contrato, como se vio en la segunda parte de este trabajo,<sup>50</sup> así también para resolver el problema de las excepciones oponibles debemos acudir a la naturaleza del contrato, para llegar a una conclusión válida.

La cuestión de la abstracción del derecho del tercero, en la estipulación para otro, es problema viejo pues ya Pacchioni lo menciona en su obra y tomando en cuenta que las últimas ediciones de esa monografía, no han modificado las referencias del autor a *proyectos de leyes* que en esas fechas ya no eran simples *proyectos* sino *leyes vigentes*, me hace pensar que desde la primera edición de 1898 y que no conozco, el texto de esta obra no ha sido modificado en las siguientes ediciones.

El autor italiano, hace constar las dos posturas opuestas, la que considera que el derecho del tercero no es sino el mismo derecho del estipulante transmitido a aquél y la que considera que es un derecho autónomo; critica las soluciones de ambas ya que la primera concluye que son oponibles todas las excepciones derivadas del contrato, en todos los casos y la segunda, que oscila entre una abstracción absoluta y una atenuada, que puede quedar reducida a una sombra de autonomía y, por fin, concluye con estas palabras:

"La teoría que hace del derecho del tercero un derecho abstracto, es ciertamente inaceptable, como teoría general aplicable a todos los contratos a favor de tercero; pero en algún caso especial podría ser considerada, en cambio, como la más conveniente. En efecto, podemos suponer que en un contrato determinado a favor de tercero sea útil aislar la obligación que asume el promitente para con el tercero del contrato que se deriva, dejando que los efectos na-

<sup>50</sup> R. I. J., N° 8, tomo 2, p. 903.

cidos en los vicios que ocasionalmente pueden afectar al contrato produzcan sus efectos sólo entre las partes contratantes. En tal caso podremos, sin la menor vacilación, afirmar que el derecho del tercero es un *derecho abstracto*. Pero en la generalidad de los casos esta abstracción de la *causa* del contrato, en cuanto se refiere al derecho del tercero, no será necesaria en absoluto, y entonces ese derecho deberá tener su propia causa, que estará en el contrato celebrado entre el estipulante y el promitente, pero no considerado como un sencillo contrato normal (como lo sería si las partes contratantes lo hubiesen celebrado entre y para ellas sólo), sino como un contrato con un fin especial que no es otro sino el del contrato a favor de tercero".<sup>51</sup>

Este párrafo de Pacchioni nos sugiere varios comentarios: sin referirse a contrato alguno específico, sino en general a cualquier contrato a favor de tercero, contiene la preocupación de los que han escrito sobre la fianza a favor de tercero en nuestro país, pues es perfectamente aplicable a este contrato la utilidad que ve Pacchioni en que en un determinado contrato a favor de tercero, la obligación que asume el promitente (afianzadora) para con el tercero, se aisle del contrato del que se deriva.

Ante la presencia de un contrato determinado a favor de tercero, debemos plantearnos esa utilidad, conveniencia o necesidad de aislar el derecho del tercero beneficiario, de la relación contractual donde se originó su derecho.

Debemos tener en cuenta que es muy distinta la función económico-social del seguro de vida a favor de tercero que generalmente se inspira *donandi causa*, que la de una compraventa, con obligación de pagar el precio a un acreedor del vendedor en el cual el derecho del tercero se constituye *solvendi causa*.

Como el origen de la revisión de la doctrina de la estipulación a favor de tercero, se originó en el seguro de vida a favor de tercero, frecuentemente se quiere ver en esta figura un fin altruista, desinteresado, lo cual es incorrecto,<sup>52</sup> por lo que al analizar el contrato de fianza de empresa a favor de tercero, hay que tener en cuenta que el tercero tiene derecho a una mayor seguridad del cumplimiento de la obligación de la que es sujeto activo, por así disponerlo la ley o por haberlo así pactado con su deudor y que el fiador es una empresa mercantil con finalidades de lucro.

<sup>51</sup> Pacchioni, *ob. cit.*, p. 117.

<sup>52</sup> Halperin, Isaac, *La acción directa de la víctima contra el asegurador del responsable civil del daño*, Buenos Aires, 1944, p. 138 y nota 366, donde cita bibliografía.

Los diversos autores han palpado esta realidad y se han preocupado por la oponibilidad de las excepciones nacidas del contrato celebrado por la afianzadora con el fiado. Así Cervantes Altamirano nos dice que "El acreedor ve, cuando se le ha otorgado fianza, la existencia de un obligado subsidiario que siempre podrá cumplirle en defecto del afianzado... Pero de acuerdo con la estipulación a favor de tercero, pueden en definitiva, defraudarse los intereses del acreedor... siendo procedentes la acción y excepción que mencionamos (la de resolución del contrato y la de incumplimiento del mismo) puede también en cualquier momento, quedar dicha persona en descubierto. De esta manera la fianza, a fin de cuentas viene a resultar ilusoria".<sup>53</sup>

Ruiz Rueda, en su anteproyecto de ley del contrato de fianza de empresa, incluye un artículo que prohíbe a la fiadora oponer las excepciones de contrato no cumplido, de resolución por falta de pago de la prima o de nulidad de la fianza, en las fianzas judiciales y en aquéllas a favor del fisco, "porque su otorgamiento constituye una carga que el fiado debe cumplir para lograr la realización de un interés propio que consiste generalmente en que surja para él una situación provechosa. Si esa situación duradera por un término indeterminado, pero determinable, estuviera condicionada en su eficacia... por la validez o por el cumplimiento de la contraprestación del contrato de fianza de donde nace la obligación de la fiadora; evidentemente se burlaría la ley y dejarían de estar garantizadas las obligaciones principales respectivas".<sup>54</sup>

También Concha Malo muestra la misma preocupación por este problema, que lo hace adoptar la tesis del desdoblamiento de la operación de fianzas en dos actos jurídicos, uno contractual y otro unilateral y agrega a esta solución la de la obligación abstracta ya apuntada como necesaria primero por Cervantes Altamirano y después por Ruiz Rueda; pero aquél tuvo que añadirla a la tesis del Comité de Instituciones de Fianzas, por partir de dos premisas erróneas: la primera consistente en la imposibilidad de que exista una fianza a favor de tercero, contratada por el fiado y la afianzadora, y la segunda consistente en que la obligación abstracta sólo puede nacer de una declaración unilateral de voluntad.

Sobre la primera premisa ya traté ampliamente y respecto a la segunda, además del párrafo de Pacchioni antes transcrito, en que habla de la obligación abstracta, derivada de un contrato a favor de

<sup>53</sup> Cervantes Altamirano, *ob. cit.*, p. 131. Lo que está entre paréntesis son palabras mías.

<sup>54</sup> Ruiz Rueda, *ob. cit.*, p. 231.

tercero, se puede citar también a Eneccerus y Lehmann, quienes dicen: "... el contrato causal es insuficiente donde se desea una especial seguridad y firmeza. Esta especial firmeza y seguridad se obtienen con el contrato abstracto. En él la promesa de prestación se escinde, se abstrae de la causa (convenio de fin) y, por tanto, el contrato sólo contiene la promesa de prestación y su aceptación como se advierte diáfananamente en la forma de la *stipulatio* romana..."<sup>55</sup>

No es pues exacto, que la obligación abstracta nazca necesariamente de una declaración unilateral de voluntad, aunque existan muchas obligaciones de este tipo que se originan así, pues como lo sostiene el eminente civilista germano, también hay contratos que producen obligaciones abstractas y el derecho comparado actual nos puede proporcionar un ejemplo típico, como es el seguro de responsabilidad civil, tal como está actualmente reglamentado por la *Ley de Contrato de Seguro* española de 1980, cuyo artículo 76 concede acción directa al tercero dañado para exigir la indemnización al asegurador y dispone que "la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado".<sup>56</sup>

Ahora bien, si cada contrato específico a favor de tercero tiene distinta naturaleza, pues aunque participa de la naturaleza propia de la estipulación a favor de tercero, participa también de la del contrato específico de que se trate, si como dice Pacchioni, a veces es útil abstraer el derecho del tercero, del contrato que le dio origen y, si como han expresado los autores mexicanos citados que han escrito sobre fianza de empresa, en las fianzas judiciales y las contratadas a favor del fisco se burlaría la ley que exige su otorgamiento y aun en los contratados a favor de particulares, se burlaría un interés legítimo de una persona que busca mayores seguridades para su crédito, lo cual es conocido por la afianzadora, y si a esto añadimos que la ley impone a las afianzadoras la obligación de asegurarse la recuperación de lo que eventualmente tuvieran que pagar como fiadoras; que estas instituciones se aseguran de la misma manera el cobro de las primas

<sup>55</sup> Eneccerus-Lehmann, *ob. cit.*, p. 508.

<sup>56</sup> También la *Ley de uso y circulación de vehículo de motor*, de 1962, estableció en España la acción directa del tercero dañado contra el asegurador y el artículo 43, dispone que "... sin que en ningún caso pueda oponer al perjudicado o a sus herederos las excepciones que le asistan contra el asegurado o contra un tercero..." Igualmente en los países de Benelux existe una disposición semejante a la española, véase al respecto Donati, Antígono, *l'attuazione della convenzione europea sull'assicurazione responsabilità civile automobilistica*, conferencia dada en Madrid en 1963, publicada en *Disciplina legislativa del risarcimento del danno alle vittime della strada*, Istituto per la Documentazione e gli Studi Legislative, Milán, 1964, p. 303.

y que la misma ley establece en su beneficio procedimientos privilegiados para recuperar lo pagado y cobrar las prestaciones a que tienen derecho, no puedo menos que concluir que estas instituciones no pueden oponer al tercero beneficiario las excepciones derivadas del contrato, a pesar de lo dispuesto en el artículo 1872 del Código Civil, el cual es renunciable, por lo que si las partes pueden renunciarlo, por mayoría de razón no deben considerarse procedentes esas excepciones cuando pugnen con la naturaleza de las cosas, por propiciar el que se burle una ley (fianzas a favor del fisco, fianzas judiciales) o se burlen derechos legítimos de quien acudió a este medio de garantía para obtener mayor seguridad de su crédito.

Para llegar a esta solución no creo que fuera indispensable reformar la ley, pues puede fundamentarse en el artículo 1756 del Código Civil, en la parte que, al referirse a los contratos, dispone que "Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe al uso o a la ley."

Es conforme a la naturaleza de la fianza a favor de tercero y a la buena fe, la inoponibilidad de las excepciones derivadas del contrato celebrado entre afianzadoras y fiado, aunque para una mayor seguridad jurídica sería conveniente que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas lo dijera expresamente, pues aunque hasta la fecha no se ha hecho uso de este tipo de excepciones, no es imposible que alguna vez se intentara hacerlas valer.

En el contraproyecto de ley del contrato de empresa de Ruiz Rueda se prohíbe a la institución afianzadora oponer al beneficiario las excepciones derivadas del contrato, cuando éste es el fisco o cuando se trata de fianzas judiciales; pero para ser congruente con mi opinión antes expuesta, en el sentido de que en toda fianza a favor de tercero no son oponibles las excepciones derivadas del contrato, sugeriría una disposición que así lo declarara expresamente, admitiendo el pacto en contrario, cuando no se trate de las fianzas a favor de la Hacienda Pública ni de fianzas judiciales y siempre que el pacto en contrario, no se incluya en las cláusulas impresas, sino en el mismo lugar y con los mismos caracteres que se describe la obligación garantizada y la cuantía y alcances de la obligación fiadora, pues sería la única forma de que el beneficiario se enterara y meditara los alcances de su renuncia, cumpliéndose plenamente así con lo dispuesto por el artículo 7º del Código Civil.

42.—CONCLUSIONES. Mucha tinta se ha gastado en la discusión relativa a determinar la fuente de la obligación fiadora en la fianza one-

rosa de empresa, como ya lo ha hecho notar un autor; pero independientemente del carácter académico que pueda tener el tema, tiene una indudable utilidad práctica que no necesita resaltarse más: la solución al problema de la oponibilidad de las excepciones derivadas del contrato al tercero beneficiario que, si bien parece ser que no se ha presentado, en un caso concreto, no es imposible que pudiera ocurrir y, por otra parte, de todo lo que se ha escrito al respecto, puede surgir alguna idea aprovechable para un futuro legislador, ya que algunas de las ideas expuestas por los diversos autores, son dignas de meditar para incorporarlas expresamente a la legislación sobre la materia, pues además provienen de personas que trabajan o han trabajado en instituciones de fianzas, por lo que al estudio del tema unen la experiencia que da la práctica diaria.

Por esto, son dignas de encomio, las monografías, tesis y demás opiniones que se han publicado y la mayoría de las cuales se han citado constantemente en esta tercera parte de mi ensayo; pero no está por demás repetirlos como reconocimiento a su labor en pro de un mejor conocimiento de este tema, aunque haya discrepancia en las opiniones sustentadas, pues tanto las *Notas* del Comité de Instituciones de Fianzas de 1946, como las tesis profesionales de Efrén Cervantes Altamirano, Hilda Martínez González y Ramón Concha Malo y las monografías de Luis Ruiz Rueda, han contribuido a dar luces sobre el tema, por lo que no puedo estar de acuerdo con la afirmación de Díaz Bravo, quien dice que gran parte de la tinta empleada en este tema "debió emplearse en discusiones más provechosas".<sup>57</sup>

Además de la utilidad práctica antes apuntada, respecto a la especulación con fines académicos, es pertinente citar estas palabras del gran jurista italiano Carnelutti: "Cuando Pacchioni, que es entre nosotros un benémerito de los estudios sobre las obligaciones, al dar cuenta a los lectores italianos hace ya unos años del intenso movimiento de análisis jurídico que tuvo inicio en Alemania el año de 1852 (había aparecido justamente entonces el primer volumen de las *Obligaciones* de Sanigny), reafirmaba contra las dudas de Windscheid y las ironías de Perozzi 'la gran verdad de que la investigación científica, aún aberrante, no es nunca infecunda en resultados'; su optimismo tenía razón aun acaso fuera de los límites que él mismo quiso señalarle".<sup>58</sup>

<sup>57</sup> Díaz Bravo, Arturo, *Contratos mercantiles*, México, 1983, p. 182.

<sup>58</sup> Carnelutti, Francesco, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, en *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padua, 1927, p. 225 y también en sus *Estudios de derecho procesal*, tomo I, Buenos Aires, 1952, p. 372.

## LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS ACTOS ILÍCITOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Ramón SÁNCHEZ MEDAL

El Código civil de 1928 establece en dos preceptos la responsabilidad civil extracontractual por los actos ilícitos que cometen los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo.

Dentro de un principio general y absoluto en este precepto:

"Art. 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima."

También de una manera indirecta se confirma la aplicación concreta de dicho principio a los funcionarios públicos en este otro precepto:

"Art. 1928. El Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria, y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado."

Para la correcta interpretación de ambos artículos, hay que añadir a los antecedentes de ellos y, además, relacionarlos con otras disposiciones del sistema jurídico mexicano.

Nadie más autorizado para descubrir el origen y el alcance del citado art. 1910 que don Manuel Borja Soriano que tuvo una importantísima intervención en la elaboración del mencionado Código civil, como lo reconoció don Ignacio García Téllez, que fuera el más conocido de los tres miembros de la comisión redactora de dicho Código, en la cita siguiente:

"Sería injusto no tributar, en estas líneas, mi reconocimiento... al maestro de maestros —tanto por su amplísima cultura en legislación civil, como por su inagotable bondad— el jurisconsulto don Manuel Borja soriano, quien me abrió de par en par las puertas de su magnífica biblioteca y robando tiempo a sus horas de ejercicio profesional, no escatimó su consejo y su cooperación" (Prólogo de Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil, México, 1932, pág. 14).