

Naturaleza jurídica del llamado contrato para persona a designar

SUMARIO: I. CONCEPTO Y CONSIDERACIONES GENERALES.—II. FINALIDAD PRACTICA.—III. FIGURAS CON LAS QUE SE HA INTENTADO IDENTIFICAR: 1. EL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO. 2. LA PROMESA DEL HECHO DE UN TERCERO. 3. EL CONTRATO POR CUENTA DE QUIEN CORRESPONDA. 4. EL NEGOCIO JURÍDICO *PER RELATIONEM*. 5. LA TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN Y DEL MANDATO.—IV. NATURALEZA JURÍDICA: PREMISAS INICIALES, DIVERSAS CAUSAS QUE ORIGINAN LA DESIGNACIÓN: a) *En virtud de un previo encargo*, b) *Por libre designación del que se reservó esta facultad*.—V. TRATAMIENTO FISCAL.

I. CONCEPTO Y CONSIDERACIONES GENERALES

Con frecuencia los contratantes incluyen en el contenido de sus convenciones determinadas cláusulas o introducen algunas modalidades mediante las cuales los efectos propios del contrato son queridos de una determinada manera o el desenvolvimiento del contrato tiene lugar de un modo un tanto específico que el Ordenamiento admite siempre que responda a un interés digno de protección.

Uno de estos casos ocurre con la cláusula «por persona a designar», *emptio pro amico eligendo*. En los derechos francés y belga es uniforme la designación de venta *avec declaration de command*, en Suiza *promesse de vente pour soi ou pour son nommable*; en Italia se usan las fórmulas *dichiarazione di commando* o contrato *per persona da nominare* (como aparece en los arts. 1.401 y sigs.) y del mismo modo en Portugal en los artículos 452 y siguientes *contrato para pessoa a nomear*.

Estas expresiones son bastantes reveladoras. En efecto, una primera aproximación a su concepto permite definirlo como aquel contrato que normalmente es de compraventa, aun cuando no existe ningún inconveniente para que sea de cualquier otro tipo (1), en que en el momento de su conclusión uno de los

(1) En principio la cláusula para persona a designar puede incluirse tanto en los contratos con efectos reales como para aquéllos con efectos meramente obligatorios. Especial aplicación tiene en el Derecho italiano en el *Contratto Preliminare*, a dicho contrato direc-

contratantes —estipulante— se reserva la facultad de nombrar con posterioridad a una tercera persona que le sustituirá con eficacia retroactiva (2).

tamente estipulado para persona a designar se aplica en vía directa y no por analogía los artículos 1.401 y 1.402 del Código Civil italiano que lleva por rúbrica «*del contratto per persona da nominare*» (vid. REBECCA-SIMONI, *Preliminari di compravendita immobiliare*, Milán, 1998, pág. 13 y sigs.; CUFFARO, «Preliminare di contratto a favore di terzi e riserva di electio amici», en *Giurisprudenza italiana*, 1-1, 1982, págs. 1461 y sigs.; PESCATORE-RUPERTO, *Código civile*, t. I, Milán, 1997, págs. 2313 y 2315 y sigs.; DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati (promesse de vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo)*, Padova, 1991, págs. 110 y sigs.).

Puede incluirse en todo contrato con la sola exclusión de aquéllos en los cuales la misma causa típica de ellos resulte incompatible con el mecanismo de la designación. Utilizándose mayormente —dice la doctrina italiana— no tanto en la conclusión de contratos definitivos, cuanto en la opción (en el Derecho italiano puede verse Cass. 5-6-1987, *Sull'ammissibilità di un'opzione a titolo gratuito per persona da nominare*, núm. 4901, *Giurisprudenza civile, massimario*, 1986, fase. 6.º, pág. 1397) y en el precontrato.

Según la doctrina mayoritaria se excluyen en los negocios jurídicos que no admiten representación (a ello se refiere el art. 452.2 del Código Civil portugués, y Acordao de 18 de março de 1982) y aquellos contratos que por ley o por voluntad de las partes es necesaria la determinación precisa del sujeto frente al que se obliga y la sustitución de una persona en otra es inadmisibles (por ejemplo, en la donación), en los contratos gratuitos en general. Vid. STOLFI, «La conclusione dei contratti per persona da nominare», en *Riv. Dir. Civ.*, 1925-26, pág. 544. Tampoco será de aplicación en los contratos con prestaciones a cargo de una sola de las partes, o en los contratos con contenido no patrimonial (como en los negocios familiares, vid. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, Coimbra, 1994, pág. 293 —hay ed. de 1998—), o dirigido a modificar o extinguir una determinada relación preexistente. Vid. GAZZONI, «Contratto per persona da nominare», en *Enciclopedia Treccani*, t. IX, 1988, pág. 2. Vid. PERLINGIERI, *Código civile annotato*, Torino, 1980, pág. 519, ni se incluiría en los negocios traslativos de derechos pertenecientes al mismo sujeto que estipula el contrato, no es concebible que el estipulante actúe para persona a designar desde el momento que el poder de disposición y la consiguiente legitimación corresponde precisamente sólo a él.

Para VISALLI, «Natura giuridica del contratto per persona da nominare», en *Foro italiano*, 1960-1, pág. 1388, la cláusula es inaplicable al esquema del negocio de permuta, la estricta interdependencia entre las dos transmisiones excluye la compatibilidad de este mecanismo (Cass. 7-2-1972; Cass. 8-5-1958, según dicha sentencia constituye un contrato a favor de tercero y no un contrato para persona a designar aquél en que un sujeto transmite un suelo para edificar de su propiedad con el pacto de que el adquirente transmitirá a la persona que éste designe un apartamento del edificio a construir. Es válida la cláusula de un contrato a favor de tercero que implica una estipulación en vía alternativa y sólo eventual a favor de un tercero todavía no designado; pero posteriormente otra sentencia, Cass. 28-7-1980, núm. 4864, la admite en un contrato de permuta con efectos obligatorios —como la de cosa futura— pero no en la permuta con efectos instantáneos como aquella que se realiza con el intercambio inmediato de bienes existentes.

Para SACCO-DE NOVA, *Trattato di diritto privato, Obbligazioni e contratti*, t. II, Torino, 1982, pág. 412, una particular aplicación del contrato para persona a designar se tiene en el caso del mediador «que no manifiesta a un contratante el nombre del otro»; TROISI, «La mediazione come atto del procedimento di formazione del contratto», en *Riv. dir. civ.*, núm. 1, 1997, págs. 37 y sigs.; CAPOZZI, *La mediazione*, Napoli, 1961.

(2) Vid., por su parte, las definiciones de Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, Madrid, 1993, pág. 416. LETE DEL RÍO, *Derecho de obligaciones*,

La compraventa perfeccionada tiene junto a los elementos esenciales y definidores del tipo contractual un elemento accesorio: un pacto o una cláusula (3) por la cual el estipulante —el comprador— se reserva la facultad de nombrar con posterioridad a una tercera persona que le sustituirá con efectos retroactivos, desapareciendo el primero de la relación contractual como si nunca hubiera intervenido. Así, el contrato concluido con dicha cláusula difiere en consecuencia del contrato del tipo elegido bajo el perfil de la posible fungibilidad de las partes (4). Por tanto, en él no hay incertidumbre sobre la persona de uno de los contratantes sino sobre si la persona del contratante originario se sustituirá o no por otra persona, contratantes siempre hay desde el origen (5). En consecuencia, la designación sirve para modificar uno de los elementos del negocio jurídico, por lo que se refiere al resto del contrato es idéntico al concluido por el estipulante.

El promitente (6) autoriza al estipulante la inclusión de la cláusula en el contrato que le permite en un plazo determinado, fijado convencionalmente, nombrar al contratante definitivo (7). Mientras, el estipulante adquiere por sí,

vol. 2.º, Madrid, 1998, pág. 97. BLASCO GASCO, VV.AA., coord. por Valpuesta Fernández, *Derecho civil, Obligaciones y contratos*, Valencia, 1988, págs. 437 y 438. GETE-ALONSO, vol. col., *Manual de Derecho civil*, t. II, Madrid, 1996, pág. 627. ENRIETTI, «Contratto per persona da nominare», en *Novissimo Digesto italiano*, t. IV, Torino, 1964, pág. 667. MERLIN, *Repertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, voce «Election d'ami», vol. IV, París, 1812, págs. 517 y sigs., «l'acquéreur d'un immeuble feudal ou censual se reserve la faculté de le retroceder à un ami élu ou à élire». PLANIOL y RIPERT, *Traite élémentaire de Droit civil*, t. II, París, 1952, pág. 747. GHESTIN, *Traite de Droit civil, Les obligations, Les effets du contrat*, París, 1992, pág. 787. HUET, *Traite de Droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, París, 1996, pág. 372. REYMOND, *La promesse de vente pour soi ou pour son nommable*, Laussanne, 1945, pág. 7, «pour soi ou pour son nommable se reserve la possibilité de designer ultérieurement un tiers que prendra sa place dans l'acte de vente». ANTUNES VÁRELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, Coimbra, 1996, pág. 441. Acórdao 20-2-1992, CJ 1992, 1, 162.

(3) Que es necesario que esté incluida en el contrato, ya que una estipulación sucesiva —apunta STORCK, *Le mécanisme de la representation dans les actes juridiques*, París, 1982, pág. 221, núm. 74— constituiría una modificación precedente del contrato y en consecuencia nuevo contrato.

(4) MESSINEO, *Trattato di Diritto civile e commerciale, II contratto in genere*, Milán, 1968, págs. 508 y 509, configura el contrato para persona a designar como una relación contractual con sujetos alternativos. Para GAZZONI, *Contratto...*, cit., pág. 3, hay que hacer una distinción entre sujetos alternativos y facultad alternativa de sustitución.

(5) ¿Por qué queda vinculado el estipulante si no designa al tercero?: para proteger al vendedor, interpretando la voluntad contractual, por culpa del estipulante si no designa, si no quedase vinculado estaríamos ante otra naturaleza jurídica, los efectos serían distintos, por eso se generalizó la fórmula «para mí o para la persona que yo designe», ENRIETTI, *Contratto...*, cit., pág. 672.

(6) Que se denomina así porque se compromete a reconocer al tercero, cualquiera que sea, como contraparte. Mientras que el estipulante estipula a su favor la reserva de sustituirse a sí mismo por un tercero en la adquisición.

(7) Se debe fijar un término dentro del cual se comunique la declaración de nombramiento. La fijación del término es un elemento esencial ineliminable de la figura, ya

respecto de la contraparte, las obligaciones propias derivadas y nacidas del contrato, de las que no podrá liberarse, en principio, más que después de la designación del tercero y de su ulterior aceptación (8). Lo que excluye que

que garantiza la unidad del negocio. El nombramiento del tercero de forma ineludible tiene lugar dentro del plazo acordado en el contrato —Sentencia del TS de 18 de febrero de 1994—, no se aceptaría un negocio cuya efectividad dependiera de un plazo indefinido, por tanto, en el caso de que el término no se hubiera fijado podría solicitarse que se estableciera por la autoridad judicial, o según DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. I, cit., pág. 419, pasado un plazo razonable el promitente puede considerarse como definitivo contratante al estipulante. Con toda seguridad se convierte éste en contratante definitivo cuando pasado el plazo fijado el estipulante no hace la elección, una vez transcurrido el plazo de caducidad se extingue sin más la facultad de elegir (Sentencia del TS de 18 de febrero de 1994). A juicio de PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. I, Barcelona, 1978, pág. 272, si no ha quedado establecido el plazo, la elección deberá hacerse dentro del término de que disponga el estipulante para cumplir la obligación contractual.

(8) La aceptación por parte del tercero electo es esencial, pues si no faltaría la manifestación de su consentimiento sin el cual no podría quedar vinculado a ningún negocio —vid. DIAS MARQUES, *Nócoes elementares de Direito civil*, Lisboa, 1992, págs. 149 y 159, porque a nadie le es lícito intervenir en la esfera ajena—. En el artículo 1.402 del Código Civil italiano para que la declaración de nombramiento tenga efecto debe existir un poder anterior al contrato o bien la declaración tiene que ir acompañada de la aceptación del tercero; de forma semejante, en el artículo 453.2 del Código Civil portugués. Por tanto, debe recaer sobre la persona que haya conferido al estipulante los debidos poderes representativos o la que acepte. En todo caso, debe recaer sobre una persona jurídicamente capaz y que tenga además los requisitos que hayan sido eventualmente establecidos en el contrato.

Se ha planteado el problema de si es admisible una aceptación parcial por parte del nombrado. En principio debe rechazarse en cuanto la situación jurídica constituye un todo homogéneo que no puede aceptarse por partes. Sin embargo, podrá valer —dice CARRESI, «Contratto per persona da nominare», en *Enciclopedia del diritto*, 1962, pág. 137— si se le considera como un acto que se añade a aquél del estipulante y lo integra para formar una parte compleja, análogamente a cuanto sucedería si el estipulante hubiese nombrado un tercero y conjuntamente a sí mismo. Pero este caso no es propiamente típico o encuadrable en el contrato para persona a designar, lo que sí podría suceder, y estaría dentro de las características genuinas de este negocio, es la posibilidad de designar a varios entre los cuales se repartirían el inmueble o reservarse una parte el estipulante y ceder al tercero el resto.

Y si antes de la aceptación por un primer designado, el comprador hiciera una segunda declaración, ¿cuál de los dos sería el beneficiario del contrato?, podría pensarse que el primero, aunque el comprador no ha hecho más que una oferta que podría retirar hasta que la aceptación no fuera definitiva, vid., REYMOND, *Promesse...*, cit., pág. 182.

En cualquier caso la aceptación no podría ser posterior al término útil para efectuar la elección.

No sería necesario, a su vez, el consentimiento del promitente para la perfección del acto, pues ya autorizó y aceptó en el contrato la incorporación de dicha cláusula que permite al estipulante sustituirse por otra persona.

Efectuada la aceptación por el tercero el estipulante debe comunicárselo al promitente, en consecuencia es una declaración recepticia que debe llegar a conocimiento del promitente dentro del término fijado (en los derechos italiano y portugués dentro del plazo convencional o dentro del plazo legal, que es especialmente breve —de tres y cinco días, respectivamente— para evitar abusos fiscales), plazo que se entiende (vid. GAZZONI,

sea un negocio de formación sucesiva, ya que antes de que se produzca la elección al negocio le faltaría un elemento necesario para su perfección, si el contrato para persona a designar produce efectos entre los contratantes originarios cuando la declaración de nombramiento no se hace en el término establecido demuestra que ha consumido su proceso formativo antes de que se produzca el nombramiento (9).

Contratto..., cit., pág. 7) no es renovable antes de su vencimiento en cuanto que una vez fijado es definitivo. Aunque sobre la posibilidad de prorrogar el plazo, alguna sentencia se ha mostrado favorable (Acordao de 18 de marzo de 1982), y en la doctrina suiza, REYMOND, *La Promesse de vente...*, cit., pág. 181, también da cuenta de la posibilidad de prolongar el plazo en las promesas de venta. Lo que sí será posible dentro del plazo es hacer varias declaraciones sucesivamente, una vez fallida la primera, pero no para el caso de que a su vez el elegido hiciera una nueva designación —en cuyo caso habría doble venta—, vid. SERRANO Y SERRANO, «El contrato a favor de persona por designar hasta la primera mitad del siglo xix», en *Discurso de apertura del curso 1956-1957*, Universidad de Valladolid, 1956, págs. 64 y sigs.

Asimismo en el Derecho italiano la declaración de nombramiento y la aceptación no tienen efecto si no revisten la misma forma que las partes han utilizado para el contrato (art. 1.403). El defecto comporta la nulidad de la elección (a otros defectos de forma se refieren los arts. 1.402 y 1.405 —por hechos extrínsecos a la formación del negocio—). Cuya invalidez será otra causa del mantenimiento como contratante definitivo del estipulante.

(9) Para SCALONE, «Spunti critici in tema di contratto per persona da nominare», en *Riv. dir. corran.*, 1958, I, pág. 348, los efectos del contrato se producen cuando *scade inutilmente il termine per la nomina* (en el mismo sentido, CARRESI, *Contratto per persona da nominare*, cit., pág. 132), cuando parece más lógico, como se admite por la mayoría, que se produzcan cuando el contrato se ha concluido, porque si para la elección los efectos se producen *ex tunc*, es decir, desde la conclusión del contrato, parece razonable que se produzcan también para el estipulante desde el mismo momento.

En *Memento práctico*, F. Lefevre, *Inmobiliario*, 1997/1998, pág. 272, por su parte, se expresa que la regla general de perfección del contrato por la coincidencia de consentimientos tiene las siguientes excepciones: venta sujeta a condición suspensiva, en este supuesto el contrato no se perfecciona hasta que la condición se cumpla, así ha sido entendido en un supuesto de venta en el que se permite al comprador poder designar a favor de quien ha de otorgarse la escritura. Vid. también Sentencia del TS de 13 de mayo de 1983 (Ar. 2821), «el convenio reflejado fue con supeditación a que la escritura pública reflejadora de la compraventa concertada a medio de aquél fuere otorgada a nombre de la persona que (se) designase... no se perfecciona la venta por el consentimiento cuando se hace depender de la eficacia del otorgamiento de la escritura».

Para SACCO-DE NOVA, *Trattato...*, cit., pág. 412, no es ni siquiera «contrato para persona a designar el contrato de compraventa inmobiliaria estipulado en documento privado en el que se prevé que el adquirente puede indicar otro sujeto como adquirente en documento público», la operación es considerada a efectos fiscales como una doble venta. También lo ha expresado la jurisprudencia italiana: la simple cláusula con la cual en un contrato estipulado por escritura privada el adquirente de un inmueble se reserva la facultad de pedir que el acto público de transferencia se concluya sucesivamente en un tiempo determinado con otro sujeto no puede encuadrarse en el contrato por persona a designar, estando dirigida a la reventa del inmueble a los fines de sustraerse las transmisiones intermedias a las cargas fiscales (Cass. 26 de octubre de 1968, núm. 3570; Cass. 10 de abril de 1987, núm. 1003).

Así, la relación contractual queda originariamente establecida entre estipulante y promitente y una vez efectuada la elección el electo pasa a ocupar el lugar del estipulante, quedando este último desligado del contrato como si nunca hubiera estipulado. Por lo tanto, el designado adquiere con efectos retroactivos y de manos del vendedor, pues fundamental ha sido, para su eficacia práctica, que en esta forma de contratación sólo se viera una sola transmisión. Es decir, sucedida la *electio* no habría dos transmisiones sucesivas de propiedad (una: de vendedor al primer adquirente que se ha reservado elegir al tercero, y otra: del primer adquirente al electo), sino una sola: del vendedor al electo. Sucedida la formal y tempestiva designación del tercero no se realiza un contrato entre éste y el promitente distinto de aquél que el estipulante hubo concluido también para sí.

Esta particular forma de contratar no podría sino dar lugar a las discusiones teóricas más variopintas. Y de hecho se ha desarrollado y ha funcionado sin que se diera de él una explicación completa y coherente (10). Toda la preocupación de los autores era lograr que se viera que en este mecanismo no había más que una venta y por tanto no se debían dos impuestos de transmisión sino uno. Pero cuando se proyectó todo el esquema negocial sobre el Derecho privado y se vieron sus consecuencias se comprendió la dificultad de esta figura (11). A pesar de lo cual, el profesor SERRANO Y SERRANO en su

Volviendo con el tema anterior, aunque aquí no se defiende, debe hacerse constar que, en efecto, para una parte de la doctrina el contrato no sería idóneo para producir efectos hasta que el estipulante no ejercite la facultad de nombramiento o bien deje transcurrir el término fijado para el mismo. A la luz de esta interpretación el contrato en cuestión —se ha dicho— estaría caracterizado por el hecho de que la sucesiva indicación de la persona que debe adquirir los derechos y asumir las obligaciones derivadas del contrato se plantea no ya como variación en la titularidad de una relación contractual ya existente sino como elemento perfeccionador de un tipo negocial de formación progresiva. La consecuencia sería, según PIROTTA, «Contratto per persona da nominare», en / *contratti*, núm. 4, 1996, págs. 338 y sigs., que a falta de indicación de tercero el estipulante no asumiría obligaciones y derechos, en cuanto que el contrato no habría sido concluido, sino que estaría expuesto a responsabilidad precontractual.

Otra cosa sería, según GALVAO TELLES, *Direito das obrigações*, Coimbra, 1989, pág. 176, que se conviniese que el interviniente que se reserva esta facultad no contrata para sí sino sólo para un tercero, en este caso si no fija el nombramiento en los términos legales el contrato —dice— no produce ningún efecto ni para el tercero ni para el interviniente porque no contrata en nombre propio. O en el caso de que expresamente se pacte una condición suspensiva, tanto en relación al tercero como en relación al estipulante, quedando el contrato en el tercero si fuera nombrado legalmente o en el estipulante si transcurre el plazo sin designación.

(10) FLATTET, *Les contrats pour le compte d'autrui*, París, 1950, pág. 296.

(11) Sobre la gran diversidad de opiniones que se vertieron desde el origen, puede verse REYMOND, *Promesse...*, cit., pág. 193. Incluso ante tantas dificultades algunos autores rechazaron incluirlo dentro de una institución determinada, pues ninguna parecía suficiente para explicar esta cláusula, «*un tapis trop étroit pour une table trop large*». O se decía que se trataba de un contrato *sui generis* del que es difícil precisar su naturaleza

trabajo sobre el análisis histórico de esta institución invita a su tratamiento proyectado sobre el derecho actual en general y sobre el español en particular, pues «el contrato por persona a designar bien merece que se le estudie echando mano de la dogmática moderna» (12).

II. FINALIDAD PRACTICA

Precisamente el hecho de que este contrato haya seguido su camino y desenvolvimiento sin preocupaciones de tipo teórico revela su destacada utilidad práctica y su necesidad.

Las diversas causas que le dieron origen explican las numerosas finalidades alcanzables con este tipo de contratación. Aún perviven las razones de su aparición en los siglos xiv y xv (13), respectivamente, en Francia e Italia: impedir su tributación (en aquellos momentos feudal) y favorecer las transacciones mercantiles. La exención del pago de un segundo impuesto y el ahorro para el estipulante de los gastos de una segunda escritura fueron factores importantes para el éxito de esta figura. Los primeros tratadistas atribuyen su expansión a la posibilidad de sustraerse a dichos gastos (14), a eludir sobre todo, como se decía, el pago de los tributos señoriales. Por eso, todo el esfuerzo se ponía en demostrar que sólo había una transmisión y que el tercero elegido adquiere directamente de manos del vendedor, para explicar, lo cual no siempre se recurría a claras y coherentes construcciones doctrinales.

También nace históricamente como respuesta a otras exigencias prácticas: ocultación de la categoría o riqueza personal para evitar altos precios, o para impedir que se especule sobre el particular interés que tendría el adquirente real —típico caso para la adquisición de un terreno por el colindante— (15).

jurídica en sus relaciones con los principios generales del Derecho. Pero esto equivalía a renunciar a explicar esta particular forma de contratación.

Y FLATTET, *Les contrats pour le compte d'autrui*, cit., pág. 297, concluye que «chercher á le faire entrer, coûte que coûte, dans une catégorie préexistante doit aboutir á un échec... La force de la réalité s'est imposée. Le contrat avec réserve de command a poursuivi sa carrière en dehors des catégories consacrées... Par la volonté même des concluants, le contrat a produit ses effets au delà du cercle des parties présentes. Cette extension trouve sa source dans les volontés individuelles».

(12) SERRANO Y SERRANO, «El contrato a favor de persona por designar hasta la primera mitad del siglo xix», en *Discurso de apertura del curso de 1956-1957*, Universidad de Valladolid, 1956, pág. 88.

(13) Sobre su origen ver, entre otros, ENRIETTI, *Contratto...*, cit., págs. 667 y sigs.

(14) STOLFI, «La conclusione dei contratti per persona da dichiarare», en *Riv. di Dir. Civ.*, 1926, págs. 538 y sigs.

(15) Para un tema específico de retracto agrario, RICCIUTO, «Contratto preliminare per persona da nominare e prelazione agraria», en *Giurisprudenza italiana*, 1991-1-2, págs. 213 y sigs.

Satisface además la exigencia de aquellas personas de elevada condición social que podrán participar en las ventas mediante subasta judicial sin necesidad de manifestarse y sin necesidad de aparecer como adquirentes; o se evitaría colocarlas ante una situación que revelara su falta de medios para pujar en una subasta hasta lograr el remate, afectando a su prestigio social; o para evitar que se relacione al verdadero adjudicatario con aquel deudor que ha sufrido las consecuencias de una expropiación o embargo (16). Circunstancias que revelan además el origen del contrato por persona a designar en el ámbito de las subastas judiciales (17).

Y para insistir en la aplicabilidad e importancia práctica de este negocio, el profesor DE CASTRO apunta como otra finalidad a cubrir la exención de responsabilidad del estipulante por los vicios de la cosa vendida, «es posible utilizar la cláusula de reserva para que produciéndose los efectos contractuales entre promitente y designado eximirse el estipulante de responsabilidad por los vicios de la cosa vendida y del riesgo de insolvencia del designado» (18).

En la actualidad contribuye a la difusión de su empleo el fenómeno de la especulación de terrenos. Como algunos negocios que ha desencadenado la reciente transformación económica y la acusada dinamicidad que caracteriza al tráfico jurídico (por ejemplo, es posible su recurso en el ámbito de las operaciones de *leasing*) (19).

Presentándose, en todo caso, como un excelente instrumento para la circulación de bienes.

III. FIGURAS CON LAS QUE SE HA INTENTADO IDENTIFICAR

Nace históricamente como respuesta a concretas exigencias prácticas, pero se origina una figura un tanto desdibujada, de complicada configuración, con muchas semejanzas a otras instituciones pero en el fondo distinta de todas ellas.

1. EL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

No han faltado autores que han tratado de incluir el contrato por persona a designar en el esquema negocial del contrato a favor de tercero (20); de

(16) Vid. SERRANO Y SERRANO, *El contrato...*, cit., págs. 31 y sigs.

(17) Vid. ENRIETTI, *Contratto per...*, cit., pág. 668.

(18) DE CASTRO, «Contrato por persona a designar», en *ADC*, 1952, pág. 1379.

(19) Según SACCO-DE NOVA, *Trattato di diritto privato*, dir. da P. Rescigno, 10, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1982, pág. 410.

(20) DE SEMO, *Istituzioni di Diritto privato*, Florencia, 1952, pág. 429, núm. 722. Vid., por su parte, PACCHIONI, *Contratti a favore dei terzi*, Milán, s/d, págs. 219 y sigs.

hecho, se han planteado teorías semejantes para explicar su naturaleza jurídica. Pero la identidad terminológica y el parecido que guardan en algunos aspectos no deben hacer olvidar las características diferenciales de ambas instituciones, que comienzan ya en su distinta finalidad.

La estipulación o el contrato a favor de tercero se explica como una excepción al principio de relatividad del contrato. Conforme al axioma *res inter alios acta aliis ñeque nocet ñeque prodest* «los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos» (art. 1.257.1 del Código Civil). Complemento del artículo 1.091 del Código Civil en virtud del cual *inter partes* el contrato tiene la misma autoridad que la ley.

La reglamentación de los propios intereses sólo puede afectar a la esfera jurídica de sus autores. Si el contrato es una manifestación de la voluntad privada, ley entre los particulares, el principio de la autonomía de la voluntad conduce necesariamente a limitar el efecto obligatorio del contrato a las partes contratantes (21).

Pero es el derecho objetivo y no la autonomía de la voluntad quien, finalmente, determina los efectos que se derivan del acuerdo de voluntades, el que determina las condiciones de formación del contrato y su sanción, como la fuerza obligatoria que conviene reconocer al contrato; el derecho objetivo, partiendo de principios de justicia contractual y de utilidad social, fija el ámbito de los efectos del contrato (22). Lo que explica que, a renglón seguido, el segundo párrafo del artículo 1.257 prescriba que «si el contrato contuviere alguna estipulación a favor de tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiere hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada» (23).

Se reconoce, así, la posibilidad de que las partes intervinientes en un contrato estipulen que una de ellas realice una prestación en favor de un tercero o que todo el contrato se celebre en su favor. En favor de una persona

(21) Vid., entre otros, OSSORIO MORALES, *Lecciones de Derecho civil*, Granada, 1986, pág. 239; Díez-PICAZO, «Eficacia e ineficacia del negocio jurídico», en *ADC*, 1961, págs. 809 a 814.

(22) GHESTIN, *Traite de droit civil. Les obligations, Les effets du contrat*, París, 1992, pág. 554.

(23) GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, Nápoles, 1916; WEIL, *La relativité des conventions en droit privé français*, París, 1939; SAVATIER, «Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats», en *Rev. trim. de droit civil*, 1934, pág. 525 y sigs.; DEMOGUE, *Des obligations en générale, effets des obligations*, t. VII, París, 1933, págs. 121 y sigs.; Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. I, Madrid, 1993, págs. 403 y sigs.; CARIOTA-FERRARA, «Diritti potestativi, rappreentanza, contratto a favore di terzi», en *Riv. Dir. Civ.*, 1960, I, págs. —; CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936, págs. 411 y sigs.; FOLCO, «Il diritto del terzo nei contratti a favore di terzi», en *Riv. Dir. Civ.*, 1934; LEITE DE CAMPOS, *Contrato a favor de terceiro*, Coimbra, 1991.

ajena al mismo. En efecto, todas las definiciones destacan en virtud del mismo la creación de un verdadero derecho a favor de una persona que no ha intervenido en el contrato y ha sido extraña a su conclusión. Da lugar al nacimiento de un crédito en favor de persona distinta de las partes (24).

Y ésta precisamente es una diferencia importante que separa el contrato a favor de tercero del contrato por persona a designar. Mientras este último pone a otro en lugar de uno de los contratantes originarios, en el contrato a favor de tercero sin operar por vía de sustitución, el tercero toma una cualidad diferente de la asumida por cada contratante primitivo. En efecto, la principal diferencia es que el tercero beneficiario de la prestación no se convierte en aquella parte contractual, mientras que sí asume tal cualidad la persona designada con la *electio* (25) (26).

(24) Vid., en este sentido, RAMS ALBESA, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, Barcelona, 1994, pág. 549; OSSORIO MORALES, *Lecciones de Derecho civil*, cit, pág. 248: en sentido estricto sólo puede hablarse de contratos a favor de tercero si se admite que de un contrato celebrado entre dos personas puedan nacer derechos exigibles por un tercero que no ha sido parte en el mismo; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. 3, Madrid, pág. 748; PACCHIONI, / *contratti a favore dei terzi*, Milán, s.d.; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, t. I, Madrid, 1946, pág. 210; BONET RAMÓN, «LOS contratos a favor de tercero», en *AAMN*, 1961, 213; NART FERNÁNDEZ, «Notas sobre los contratos a favor de tercero», en *AAMN*, t. V, 1950, pág. 450 y sigs.

(25) En este sentido VISALU, «Naturaleza jurídica del contratto per persona da nominare», en *Foro italiano*, 1960, pág. 1388; MESSINEO, // *contratto in genere*, en Cicu-MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXI, t. I, Milano, 1968, pág. 507; vid., por su parte, CALICETI, *Contratto e negozio nella stipulazione e favore di terzi*, Padova, 1994, pág. 78. Y en la doctrina portuguesa, ANTONES VÁRELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, Coimbra, 1996, pág. 442, en el contrato a favor de tercero ni el promitente ni el promisorio dejan de ser los únicos contratantes, incluso después de la adhesión del tercero no tiene éste la categoría de contratante. En el contrato para persona a designar, una vez efectuada la aceptación, uno de los intervinientes pierde la cualidad de contratante, desapareciendo de la relación contractual como un personaje que misteriosamente sale de escena, y el tercero nombrado en virtud de la cláusula especial pasa a figurar como contratante desde la celebración del contrato.

(26) Por su parte, DUALDE, «Todavía sobre el concepto de tercero», en *RDP*, 1947, pág. 352, manifiesta que la calidad de tercero en el caso del artículo 1.257 del Código Civil sólo la tiene momentáneamente. «En cuanto hay provecho desaparece el tercero puesto que viene a ser partícipe del contrato, y partícipe y parte son equivalentes», aunque el iter contractual y su tiempo en integrarse en el contrato con el carácter de parte es distinto. Distingue entre: 1.º Estipulación a favor de tercero, pero vigente sólo entre los otorgantes del contrato, sin que el tercero tenga acción; 2.º Contrato que entraña una promesa ya de los contratantes, ya de uno de ellos, pendiente de aceptación por el tercero, caso de contrato-oferta, que es la concepción que en su opinión sigue nuestro Código Civil, una vez que acepte habrá concluido un contrato mediante la aceptación, como cualquier otro contratante normal. (Pero en este caso el derecho del tercero no nacería del contrato entre promisorio y promitente, sino de un contrato nuevo y distinto. Lo cual parece un rodeo inútil como manifiesta ROCA SASTRE, en *Estudios de Derecho privado*,

t. I, cit, pág. 221); y 3." Contrato mediante el cual se constituye un derecho a favor del tercero antes de su aceptación y sin necesidad de ella. En las tres modalidades el tercero está destinado a dejar de serlo.

GHESTIN, *Traite de Droit civil*, cit., pág. 554 y sigs., trata ampliamente de la relatividad y de la ambigüedad de la noción de tercero. En efecto, los terceros se oponen a las partes, a las personas que han concluido el contrato. Pero la distinción es en exceso complicada por la existencia de tantas categorías intermedias que tienden a aproximar más o menos su situación a las de las partes mismas. Por eso el autor propone una nueva clasificación que distingue, de un lado, las partes, y de otro, los terceros vinculados por los efectos obligatorios del contrato.

Por lo que se refiere a la categoría de las partes: distingue entre personas que son partes del contrato desde su formación y las que no tienen esta cualidad más que en el momento de su ejecución; son las primeras las que pueden ser calificadas de partes contratantes en la medida en la que ellas verdaderamente han concluido el contrato, las otras no son más que partes vinculadas por el contrato. Pero todas las partes, que sean contratantes o no, están vinculadas por el contrato y deben estarlo en virtud de una manifestación de voluntad efectiva. En defecto de una u otra de estas dos condiciones no se trataría más que de terceros, vinculados o no por el contrato. Las partes, en el momento de la formación del contrato son, de un lado, las que han concurrido a la formación del contrato expresando ellas mismas la voluntad de estar vinculadas por él, de otra parte, las personas representadas. Y en cuanto a las partes en el momento de la ejecución del contrato hay que distinguir entre las personas que han adquirido la cualidad de parte y las que han perdido esta cualidad. En el primer caso se trata de personas que han consentido convertirse en acreedoras o deudoras en virtud del contrato. Esta condición es necesaria y suficiente para tener la cualidad de parte. Han dado su consentimiento antes de la conclusión del contrato, otras lo han dado después.

Y en este apartado trata específicamente la situación del tercero beneficiario de una estipulación por otro. Ciertamente —manifiesta— la cuestión de saber si el tercero beneficiario adquiere una cualidad de parte contratante es controvertida. Se deduce de que no puede ejercer la acción de nulidad o de resolución del contrato generador de la estipulación por otro quien no tenga la cualidad de parte en este contrato, pero la cuestión solamente es saber si una persona que no ha participado en la conclusión del contrato puede hacerse, por una manifestación de voluntad, sujeto de un efecto obligatorio nacido de este último. El tercero beneficiario se convertirá, por la aceptación de la estipulación hecha en su beneficio por el estipulante, acreedor de la deuda asumida por el promitente. O mejor, será considerado como habiendo sido desde el origen el solo beneficiario de este crédito que entra directamente en su patrimonio sin pasar por el del estipulante. Se puede considerar que este tercero beneficiario se ha convertido así en parte en tanto que titular, desde el origen como consecuencia del efecto retroactivo de su aceptación del crédito nacido del contrato.

Pero la cualidad de parte no debe ser reservada a éste que desde el origen fue esto al precio de una retroactividad, es titular de un efecto obligatorio nacido del contrato. Se debe considerar igualmente —dice— como parte, como acreedor o deudor del otro contratante, la persona que ha adquirido esta situación posteriormente a la conclusión del contrato (pág. 569).

Por lo que se refiere a los terceros vinculados por los efectos obligatorios del contrato, son partes todas las personas vinculadas por los efectos obligatorios del contrato con su consentimiento efectivo cualquiera que sea la forma o el momento. Son terceros todos los demás (comprendiendo aquéllas que están vinculadas por los efectos obligatorios del contrato) desde el instante que ellas no han consentido a este efecto obligatorio —con excepción de las personas representadas en virtud de una representación legal—.

Esta clasificación de partes y de terceros se esfuerza en conciliar el papel de la voluntad con la necesidad de tener en cuenta que la extensión de los efectos obligatorios

Por esta razón, a su vez, al tercero no se le exige capacidad para contratar, que sí ha de concurrir en el electo. Y así, en el primer caso (27), como el tercero no ha sido parte en el contrato, no tiene acción de resolución.

Al mismo tiempo, en el contrato a favor de tercero, el estipulante, al contratar con el promitente, adquiere derecho a que éste realice la prestación en favor del beneficiario, derecho que no pierde por la aceptación de este último. El estipulante no puede exigir al promitente que cumpla frente a él la prestación convenida, pero puede exigir que la ejecute en provecho del tercero (28). Por el contrario, en el contrato por persona a designar una vez nombrado el tercero y efectuada su aceptación, el originario estipulante desaparece de la relación como si nunca hubiera intervenido, tomando el tercero la posición del primitivo contratante con efectos retroactivos. El tercero designado se convierte verdaderamente en parte contratante como si el negocio hubiera sido concluido por él personalmente, por lo que «la titularidad de los derechos y de las obligaciones no es más que la consecuencia lógicamente inmediata de la adquisición de aquella cualidad» (29).

Así, mientras que en el contrato a favor de tercero el promitente se ha obligado respecto al estipulante a ejecutar su promesa a favor del tercero, en el contrato por persona a designar, el promitente sólo queda obligado respecto del propio tercero. El contrato a favor de tercero es una operación triangular en sus efectos aunque bilateral en su formación (30).

La aceptación también tiene un valor diverso en ambos contratos. Se señala que el contrato a favor de tercero es perfecto desde que lo celebran las partes contratantes, de modo que desde este momento el tercero es titular del derecho con independencia de su aceptación que tiene la función de hacerlo irrevocable, no en el sentido de hacer depender de ésta la adquisición o titularidad del derecho, aunque algunos autores lo consideran

del contrato no es y no puede estar limitada a las personas que inicialmente han formado el contrato por el intercambio de consentimientos. Las partes son las personas que han aceptado ser y permanecer o convertirse acreedoras o deudoras por el efecto del contrato. Todas las demás son terceros.

(27) Apunta ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, t. I, cit., pág. 228.

(28) RAMS ALBESA, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. II, cit., pág. 553.

(29) Como dice MARTÍN BERNAL, *La estipulación a favor de tercero*, Madrid, 1985, pág. 298.

(30) STOLFI, «La conchiusione dei contratti per persona da nominare», en *Riv. Dir. Civile*, 1925, pág. 547, mientras el estipulante que contrae *pro amico eligendo* adquiere todos los derechos y las obligaciones nacidas del negocio como si hubiese actuado en nombre propio y sin reserva alguna, el estipulante que contrae a favor del tercero vincula al promitente que no puede retraerse del compromiso asumido, pero no adquiere normalmente el derecho a pedir que la prestación sea efectuada a su favor, sino sólo la posibilidad de obligar al promitente a efectuarla al tercero.

como una *condictio iuris* o un requisito legal para la adquisición del derecho (31).

Por lo que se refiere a las causas de extinción de la estipulación a favor de tercero, no son estrictamente de aplicación al contrato por persona a designar, sin que se plantee el problema del destino de la prestación, pues de no nombrarse al tercero, el originario contratante queda definitivamente vinculado (32).

2. LA PROMESA DEL HECHO DE UN TERCERO

La *electio amici* tampoco es una promesa del hecho ajeno como igualmente entiende STOLEI (33). Aún menos semejanzas hay con esta figura, pues la promesa de hecho ajeno a los contratos dirigidos a la prestación del tercero (34) son aquéllos en los que una de las partes promete a la otra la prestación que debe cumplir un tercero extraño al contrato, se promete la realización de algo que debe ejecutar un tercero, pero para vincular al tercero, lógicamente, éste ha de prestar su consentimiento. En el caso de que el tercero no consintiera, el promitente se ve obligado a indemnizar.

Aun debatida la verdadera naturaleza jurídica de la obligación que nace de la promesa del hecho ajeno (35), debe distinguirse esta figura del contrato

(31) BONET, «Comentario jurisprudencial», en *RDP*, 941, pág. 110; ROCA SASTRE, «Estipulaciones en favor de tercero», en *Estudios de Derecho privado*, t. I, cit., pág. 224.

LETE DEL RÍO, *Derecho de obligaciones*, vol. II, Madrid, 1998, pág. 94.

(32) Sobre la diferencia entre el contrato para persona a designar y el contrato a favor de tercero puede verse también LORDI, «Responsabilità di chi contratta per persona da dichiarare», en *Riv. dir. comm.*, 1938-11, pág. 367; PERCATORE-RUPERTO, *Código civil*, cit., págs. 2311 y 2312. Ampliamente LEITE DE CAMPOS, *Contrato a favor de terceiro*, Coimbra, 1991, págs. 75 y 76.

(33) STOLFI, *La conclusione dei contratti per persona da dichiarare*, cit., pág. 547. VAZ SERRA, «Contrato para pessoa a nomear», en *Boletim do Ministerio da Justica*, núm. 79, 1958, pág. 170.

(34) Como también los denomina GULLÓN BALLESTEROS, «La promesa del hecho ajeno», en *ADC*, 1964, pág. 13.

(35) Vid. GULLÓN BALLESTEROS, *La promesa del hecho ajeno*, cit., pág. 11, quien entiende que el promitente asume una obligación de garantía, «la prestación del promitente es una prestación de garantía. El que promete el hecho ajeno, lo que hace es garantizar al acreedor o promisorio que su interés será satisfecho, respondiendo de las consecuencias perjudiciales en caso contrario. En otros términos, el promitente asume frente al promisorio el riesgo de que el tercero no cumpla. El promitente dice: yo no estoy facultado para obrar. Esta ausencia de poderes hace nacer un indudable riesgo, puesto que el tercero podrá ratificar o no el contrato que ha celebrado en su lugar. Pero este riesgo yo lo cubro. Yo me obligo a indemnizar de todo daño que pueda causar la no ratificación. ... Así pues, no existen inconvenientes para ver en la promesa de hecho ajena una asunción por parte del promitente del riesgo que supone para el interés del acreedor o promisorio el que el tercero no cumpla... El declara que el tercero hará o no hará, pero mani-

por persona a designar (36), en este último caso el estipulante necesariamente no ha de nombrar ni siquiera al tercero o tener en cuenta al tercero, el promitente cumplirá frente al estipulante o frente al tercero, según ejerza el estipulante la facultad de designación o no, en cuyo caso —si no nombra al tercero— del contrato se derivarán los efectos normales del tipo de que se trate (es decir, característica esencial de la figura es, en su caso, el nombramiento «sucesivo» al momento de la conclusión del contrato). En el supuesto de que se designe al tercero, éste se colocará en la misma posición que asumió el estipulante, mientras que en la promesa de hecho ajeno ninguna parte se superpone o se sustituye, el promitente no queda obligado en modo alguno a cumplir lo que ha prometido que hará el tercero (37).

Una vez que se nombre al tercero en el contrato por persona a designar, desaparece de escena el estipulante, como si nunca hubiera contratado, en la promesa de hecho ajeno una vez consienta el tercero, quien desaparece en todo caso es la figura del promitente, «una vez realizado el promitente ya no está obligado a más y queda desligado de los demás avatares del desarrollo de lo convenido» (38). O, según CRISTÓBAL MONTES, «cuando aquél cuya conducta se prometió acepta el compromiso, se tiene ya la seguridad de que

festando que no tiene poderes para vincular inmediatamente a dicho tercero, sino que será él, precisamente, quien tendrá que tomar la última decisión. El promitente se obliga directamente, y desde un primer momento, con el promisorio, mediante la asunción del riesgo de que el tercero no cumpla».

Así que antes de que el tercero acepte sobre el promitente, pesa el riesgo de que aquél rehuse y tenga que indemnizar daños y perjuicios, aunque por excepción hay supuestos en los que falta la aceptación pero hay liberación (descritos por el autor en la pág. 17).

Teoría a la que pone serias objeciones CRISTÓBAL MONTES, «Naturaleza jurídica y efectos de la obligación que nace de la promesa del hecho ajeno», en *RDP*, 1974, págs. 671 y sigs., vid. también, págs. 678 y sigs., entiende que «surge a cargo del promitente la obligación principal, autónoma, directa e inmediata de indemnizar al estipulante los daños y perjuicios que se deriven de no poder obtener del tercero la prestación que se esperaba; no se trata de ningún resarcimiento por inexecución de un anterior vínculo que derivaría de la promesa, ni tampoco de una prestación accesoria».

(36) Como también entiende GULLÓN BALLESTEROS, *La promesa...*, cit., pág. 16.

(37) Vid. GULLÓN BALLESTEROS, *La promesa del hecho ajeno*, cit., pág. 19, tratando las consecuencias que derivan para el promitente del hecho de que el tercero no acepte vincularse con el promisorio y planteado por la doctrina la posibilidad de que el mismo promitente pueda sustituir al tercero en la ejecución del hecho, reitera el autor que su prestación es de riesgo, «en el caso de que el promitente se obligase subsidiariamente habría que pensar en el contrato por persona a determinar». CRISTÓBAL MONTES, *Naturaleza jurídica...*, cit., pág. 683 y págs. 696 y sigs., llega a la misma conclusión en el sentido de que «el promitente en ningún caso, ni antes de producirse ni frustrado el evento, está sujeto a realizar la actuación del tercero prometida porque la aceptación de una consecuencia semejante conduciría inelectablemente a la desnaturalización de la figura y ocasionaría la pérdida de la justificación de su existencia».

(38) Dice RAMS ALBESA, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. II, cit., pág. 549.

la *condicio iuris*, de cuya verificación dependía la vinculación del promitente, ya no se producirá y, en consecuencia, no es que éste quede liberado, sino que ya no puede resultar obligado» (39).

Según MESSINEO, «*la promessa del fatto d'un terzo importa obbligazione soltanto del prominente e, in ogni caso, presuppone, oltre la promessa del contraente, una prestazione da parte del terzo; nel contratto per persona da nominare, il contraente promette il fatto proprio, e soltanto eventualmente —e alternativamente— il fatto del terzo: con l'effetto che, se la dichiarazione di nomina sia valida, il nominato non può legittimamente rifiutarsi di adempiere*» (40).

En la promesa de hecho ajeno la vinculación jurídica del tercero sólo puede surgir desde el momento que acepta obligarse, mientras que la aceptación del tercero del contrato por persona a designar tiene efectos retroactivos (idea de eficacia retroactiva que no engarza exactamente con los efectos normales y lógicos de la promesa del hecho ajeno). Por lo tanto, si el tercero rehúsa, las consecuencias son distintas, pues distinta es además la estructura de cada negocio. En el primer caso da lugar a una indemnización, en el segundo caso el estipulante no promete nada, de no aceptar el tercero, el estipulante continúa como contratante.

3. EL CONTRATO POR CUENTA DE QUIEN CORRESPONDA

La diferencia con este contrato queda también patente en la propia definición. Según MILITERNI, «*contratto per conto de chi spetta si ha ogni qualvolta si stipuli un contratto a favore de un terzo indeterminato, con cui si cauteli un interesse di costui, in attesa che in base a circostanze oggettive si riveli il titolare dell'interesse*» (41). De este modo, la determinación del beneficiario o sujeto del interés no tiene lugar por voluntad y decisión de uno de los contratantes, sino por efecto de acontecimientos objetivos. Todo lo contrario ocurre en el contrato por persona a designar, el tercero es nombrado por voluntad del estipulante. Siendo este último parte contratante, condición que no asume el otorgante por cuenta de quien corresponda (42). En esta hipótesis quien actúa, actúa expresamente en nombre y por cuenta de otro y no se convierte en parte del contrato, y puesto que se actúa en relación a una

(39) CRISTÓBAL MONTES, «Naturaleza jurídica y efectos jurídicos de la obligación que nace de la promesa de hecho ajeno», en *RDP*, 1974, pág. 689.

(40) MESSINEO, // *contratto in genere*, cit., pág. 507.

(41) MILITERNI, «Il contratto per conto de chi spetta nella teoría générale del diritto», en *Diritto e Giurisprudenza*, 1960, pág. 381, sobre su naturaleza jurídica, págs. 382 y sigs.

(42) MESSINEO, // *contratto in genere*, cit., pág. 507.

posición subjetiva de la cual no se ha determinado todavía el titular la determinación de quién es parte efectiva del contrato, se reenvía a un momento posterior, en el que se concretará el titular de la posición subjetiva. Es decir, el sujeto es indeterminado, ni cierto ni eventual, como ocurre en el contrato por persona a designar (43).

4. EL NEGOCIO JURÍDICO *PER RELATIONEM*

El negocio jurídico *per relationem* como una especificidad de los negocios determinables se ha definido como «el negocio perfecto e incompleto, en el que la determinación de su contenido o de alguno de sus elementos esenciales se realiza mediante la remisión a elementos extraños al mismo». «El negocio jurídico *per relationem* es un negocio jurídico existente o concluso, pero no eficaz y no consumado; su eficacia depende de que se realice la *relatio*», que es el elemento diferenciador o específico de este negocio y que le atribuye autonomía dentro de la vasta categoría de los negocios jurídicos. Sólo llegado aquel momento puede hablarse de negocio jurídico *per relationem* consumado, de negocio plenamente eficaz, pues la realización de la *relatio* agota el *iter* negocial. Es preciso, por tanto, la existencia de una indeterminación en el contenido o en algunos de sus elementos esenciales con posibilidad de ulterior determinación y que esta determinación se realice mediante la remisión a elementos extraños al negocio jurídico (44).

Concebido de este modo el negocio jurídico *per relationem* ha de diferenciarse necesariamente del contrato por persona a designar. En efecto, y como se ha dicho tantas veces, en el contrato por persona a designar el promitente y el estipulante están siempre concretados y determinados, aunque se permita la posibilidad de que el estipulante se sustituya, no hay ninguna indeterminación, como mucho ésta puede ser relativa, cuando además si la elección no se realiza —o es inválida o intempestiva— el originario contratante se hace definitivo, el negocio no deviene inexistente como ocurre en los negocios *per relationem*, sino que tiene plena eficacia, por configurarse como un contrato con todos los elementos requeridos.

En el contrato por persona a designar no hay ninguna incertidumbre en el sentido que existe en el negocio jurídico *per relationem*. En el primer caso es un negocio que despliega sus efectos jurídicos, mientras que los segundos

(43) MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., pág. 322; CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al código civile*, Padova, 1992, pág. 1124; PIROTTA, «Contratto per persona da nominare e collegamento negoziale», en *I contratti*, 1996, pág. 340.

(44) DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, *El negocio jurídico per relationem en el Código Civil*, Madrid, 1994, págs. 74 a 77.

sólo producen consecuencias jurídicas si se cumple la *relatio* y si esta circunstancia implica una remisión a elementos extraños al negocio, la elección del tercero en el contrato por persona a designar depende de la voluntad del estipulante que es parte contratante del negocio.

Por su parte, DÍAZ-AMBRONA entiende que aunque el contrato por persona a designar tenga algunos rasgos del negocio *per relationem*, no debe incluirse dentro de esta categoría dogmática (45).

5. TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN Y DEL MANDATO

El planteamiento tradicional para explicar la especialidad de los efectos de este contrato ha partido de la teoría de la representación, especialmente en la doctrina francesa e italiana, no en vano las expresiones que se utilizan son *dichiarazione di commando* o *vente avec declaration de command*, terminología que invoca la idea de representación o mandato (46).

En el Derecho francés ha sido defendido por BAUDRY-LACANTINERIE y SAIGNAT: la venta *avec reserve d'élire command* es una venta en la que el comprador, tratando en su nombre, deja entender que quizá él no compra para él y se reserva hacer conocer en un plazo convenido la persona para la cual compra, semejante reserva hace suponer que el comprador ha sido encargado para comprar por una persona que no quiere todavía darse a conocer. *Cet mandat supposé, qui n'est le plus souvent qu'une fiction, faisant considérer l'acheteur comme ayant reçu ordre ou commandement d'acheteur* (47). DEMOGUE: «*il peut y avoir contemplado non seulement si le représentant a déclaré au tiers contracter pour telle personne, mais même s'il a écaré contracter pour d'autres qu'il ne désigne pas actuellement: ceci se produit forcément d'ailleurs s'il représente des personnes futures ou indéterminées. Mais cela peut avoir lieu encore si le représentant le déclare et si le tiers prend acte sans protestation. Cela se recontre lorsqu'une personne déclare*

(45) *Ibidem*, págs. 116 y sigs.

(46) Es muy significativo que en el Código Civil italiano se incluya el contrato para persona que se designará entre la institución de la representación y la cesión del contrato. También en el Fuero Nuevo de Navarra, pero en sentido inverso (Ley 514).

De este modo manifiesta DE MATTEIS, «Contrario per persona da nominare», en *Contratto e impresa*, t. 2, 1993, pág. 537, «*D'altronde la stessa collocazione topográfica fornita dal codice che ha disciplinato il contratto per persona da nominare fra la rappresentanza e la cessione de contratto depone in tal senso e conferirà una voluntas legis volta ad assegnare il connotato funzionale e teleologico di questo schema contrattuale alla zona di confineta gli ambiti concettuali della cooperazione giuridica e della circolazione dei rapporti obbligatori*».

(47) BAUDRY-LACANTINERIE-SAIGNAT, *Traite théorique et pratique du droit civil*, París, 1908, núm. 172.

faire une assurance pour le compte de qui il appartiendra, ou encoré losqu'un acheteur fait une declaration de command» (48). PLANIOL y RIPERT: «*C'est la declaration de command ou élection d'ami, parce que la personne qui traite l'achat declare qu'un ami lui a commandé d'acheter á sa place*» (49); sentido en el que también se expresan MALAURIE y AYNES (50); del mismo modo, H. MAZEAUD y J. MAZEAUD: «*comme le mandataire, le commandé indique, lors de la formation du contrat, qu'ü agit sur l'ordre d'un command*» (51); y más recientemente HUET, quien manifiesta que se aproxima su mecanismo al del mandato, porque «*l'apparent joue le role d'un simple intermédiaire*» (52); y BENABENT: «*le commandé (mandataire) indique á lors qu'il agit pour autrui, mais se reserve un délai pour dévoiler le nom de son command (mandat). A l'expiration de ce délai il se décharge en révelent le nom du command et il a alors rétroactivement mandat: seul le command est tenu du contrat. S'il ne declare pas ce nom, le commandé demeure personnellement tenu*. El mecanismo juega, en consecuencia, como una representación eventual» (53); y los ya citados H. y J. MAZEAUD expresan, por su parte, que la *declaration de command* es, en consecuencia, un mandato bajo la condición de revelar el nombre del mandante en el plazo fijado, se trata de una representación condicional.

Para GHESTIN hay que analizarlo como una representación opcional, un supuesto de representación imperfecta. En los supuestos de representación imperfecta —explica— el compromiso del representado puede estar sometido a la voluntad del tercero de buena fe (*prête-nom*) o a la del representante o del representado (*declaration de command*), casos en los que se puede hablar de representación opcional. Pero puede también que el representante se limite a cumplir actos materiales en nombre y por cuenta del representado (representación comercial): y habría que hablar entonces de representación incompleta (54).

Cuando se concluye el acto con el tercero, el mandatario se reserva la posibilidad de actuar en nombre y por cuenta de otra persona, respecto de la cual no revela por el momento su identidad, es decir, se presenta a los terceros en una doble cualidad: cocontratante o representante; y es procediendo o no

(48) DEMOUE, *Traite des obligations en general*, t. I, París, 1923, pág. 187.

(49) PLANIOL-RIPERT, *Traite élémentaire de Droit civil*, t. II, París, 1952, pág. 747.

(50) MALAURIE-AYNES, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, París, 1989, págs. 253 y 254.

(51) MAZEAUD-MAZEAUD, *Lecons de Droit civil*, t. III, París, 1980, pág. 880.

(52) HUET, *Traite de Droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, París, pág. 372.

(53) BENABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, París, 1995, pág. 410. Vid. también STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, París, 1982, pág. 226, la *représentation du command per le commandé est une représentation non incomplete ni imparfaite, mais éventuelle*.

(54) GHESTIN, *Traite de Droit civil, Les obligations, Les effets du contrat*, París, 1992, pág. 784.

a la *declaration de command* como determinará su exacta cualidad. Es justo en el momento de esta declaración cuando se sabe si el mandatario actúa efectivamente en calidad de representante. La representación que permite la operación está en consecuencia sometida a una doble manifestación de voluntad: la declaración del mandatario y su aceptación por el mandante. La representación es así imperfecta porque está sometida a un evento incierto (55).

Asimismo en la doctrina italiana la tesis de la representación es una de las más defendidas (56). Entre otros por MIRABELLI, para quien la construcción más adecuada es aquella que encuadra el contrato por persona a designar en la representación (57). Y del mismo modo PERLINGIERI, según el cual cualquiera que sea la tesis sostenida no parece que se pueda prescindir del esquema de la representación, en cuanto que en los artículos 1.402 y 1.403 se habla expresamente de «poder» que debe ser anterior al contrato, siendo su contenido de otorgamiento de poderes representativos para concluir un negocio, y ninguna importancia tiene, en esta hipótesis, la circunstancia de que el poder haya sido comunicado a los terceros en dos momentos, primero subjetivamente indeterminado y después nominativamente determinado (58). En el mismo sentido para BETTI esta hipótesis se acerca a la institución de la representación, ya que en el caso de que la declaración subsiga la nueva situación jurídica se produce exclusivamente respecto de la persona designada como si el negocio hubiese sido concluido en representación suya (59). Y recientemente también se ha manifestado cómo en el contrato por persona a designar las relaciones entre declarante y la persona nombrada, se regulan por la disciplina de la representación voluntaria y el contratante que se ha reservado la facultad de nombrar, asume la función de representante del tercero en el intervalo que transcurre desde la conclusión del contrato hasta la declaración de nombramiento (60).

Pero quizá sea ENRIETTI el autor más característico de esta teoría, sin duda por ser uno de los primeros en la publicación de un estudio monográfico —// *contrato per persona da nominare*, Torino, 1950— (no en balde la doctrina italiana ha tenido una especial preocupación por esta figura jurídica motivada por su frecuente uso en el Derecho intermedio por comerciantes genoveses). El autor presenta su propia construcción sobre la base de dos contratos, el primer contrato, entre promitente y estipulante, tiene eficacia

(55) *Ibidem*, pág. 787.

(56) Vid. DE MATTEIS, «Il contratto per persona da nominare», en *Contratto e impresa*, t. 2, 1993, págs. 552 y sigs., sobre la preferencia de la jurisprudencia sobre esta tesis.

(57) MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1958, pág. 318.

(58) PERLINGIERI, *Código civile annotato*, t. I, Torino, 1980, pág. 517.

(59) BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, pág. 424, si bien mantiene una opinión diversa en su trabajo, «Sulla natura giuridica della girata dei titoli all'ordine», en *Riv. dir. comm.*, 1927-1, pág. 566.

(60) PESCATORE-RUPERTO, *Código civile annotato*, t. I, Milán, 1997, pág. 2311.

inmediata, aunque no definitiva, porque está sometido a la condición resolutoria de la *electio amici*, condición potestativa. Pero, como dice DE CASTRO, «si se admite esta clase de condición, ha de serlo con sus propios caracteres, o sea, dependiendo del mero querer de una de las partes; pero aquí los resultados del negocio penden además de uno de estos dos hechos ajenos a la voluntad del estipulante: existencia previa del poder conferido al estipulante o aceptación de la persona designada. Además, si se aceptan los postulados de Enrietti, resultará difícil admitir que la designación del sujeto sea condición del negocio, pues la designación condicionaría la determinación del sujeto y no sería ya extraña a la estructura del negocio, caracteres de la condición según el autor. (En definitiva) parece imposible admitir que el negocio promitente-estipulante esté todo condicionado resolutivamente, pues la *facultas designandi* nacida de este negocio no está condicionada, no se limita a resolver el contrato al ejercerse, ni se explica siquiera que la relación representativa entre estipulante y designado, pues liga desde la perfección del contrato promitente-estipulante al promitente a estar y pasar por la designación que haga el estipulante» (61).

(61) DE CASTRO Y BRAVO, «Contrato por persona a designar», en ADC, 1952, págs. 1374 y 1375; en el mismo sentido, VISALLI, *Natura giuridica del contratto per persona da nominare*, cit., pág. 1390, porque la condición es un suceso futuro e incierto al cual las partes subordinan la realización o resolución de la relación derivada del negocio; aquí, sin embargo, la incertidumbre no se refiere al vínculo obligatorio en sí mismo considerado sino a la determinación de uno de los sujetos. «*Inoltre, non può configurarsi come condizione sospensiva una dichiarazione di volontà di contenuto negoziale, qual'è Veleccio amici, la quale tende ad inserire nel rapporto giuridico, originato dal contratto, un terzo rimastori fino allora estraneo, ed ha perianto, nei riguardi dello stesso, valore costitutivo del vincolo obbligatorio. In fine, il medesimo evento non può funzionare da condizione sospensiva e risolutiva, nello stesso tempo, di un'unica fattispecie negoziale*».

También ZINCANI, *Schemi di diritto privato*, Bolonia, 1992, pág. 355, descarta la tesis de la condición: por defecto de unidad y por utilización impropia del instrumento condicional.

Pero no debe olvidarse que una buena parte de la doctrina ve en la *electio* una modalidad de cualquier contrato conmutativo que funciona como una condición resolutoria de la adquisición del estipulante y como condición suspensiva de la adquisición del tercero. En este sentido, STOLFI, *La conclusione...*, cit., pág. 548, entiende que el estipulante asume sobre sí todas las obligaciones nacidas del contrato y se convierte por eso en propietario de la cosa adquirida y como tal hace suyos los frutos, sufre los efectos del caso fortuito y puede constituir actos de disposición y constituir sobre la cosa derechos reales de garantía o de goce. El tercero no tiene ningún derecho hasta que no haya sido designado al promitente, efectuada la designación se le transfiere la propiedad de las cosas automáticamente como si hubiera intervenido personalmente en la contratación, lo que produce dos consecuencias: que el estipulante debe restituir los frutos y no debe respetar los actos de disposición realizados por el estipulante porque la retroactividad lo debe hacer entender como cumplidos *a non domino*.

Especialmente la teoría de la condición resolutoria ha sido acogida por la doctrina portuguesa: MOREIRAS, *Instituições do direito civil português*, vol. II, Coimbra, 1925, pág. 658; ANTUNES VÁRELA, *Das obrigações em geral*, Coimbra, 1996, pág. 448; RIBEIRO

Y el segundo contrato, entre promitente y designado es —según ENRIETTI— un contrato *in fieri* (que se perfeccionará sólo con la *electio amici*), teniendo las siguientes características: 1.^a es un negocio de formación sucesiva, y 2.^a es un negocio concluido siempre por medio de representante, y esta cualidad puede resultar de un poder o de la ratificación (62).

Podría añadirse, aunque con menor repercusión, el Derecho suizo. En este sentido, ENGELS expresa que la representación de una persona indeterminada se da sobre todo a propósito del contrato por cuenta de quien corresponda o *pour son nommable ou declaration de command* (63).

IV. NATURALEZA JURÍDICA

Ciertamente que en la doctrina ha habido numerosas y contrastadas tentativas de encuadramiento sistemático de la figura, con lo que la anterior

DA FARIA, *Direito das obrigações*, vol. I, Coimbra, 1991, pág. 336; DOMIGUES DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. 2.º, Coimbra, 1974, pág. 295; GALVAO TELLES, *Direito das obrigações*, Coimbra, 1989, pág. 174; y en la jurisprudencia puede verse, Acórdão 23 de enero de 1986, BMJ, núm. 353, 429. En la doctrina española, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona, 1978, t. II, vol. 1.º, pág. 273, entiende que «el contrato puede ser construido como si la reserva de elección permitiera la eficacia de una condición resolutoria de los efectos ya producidos, y al mismo tiempo la eficacia de una condición suspensiva que afectaba al derecho del designado». En el Derecho italiano también puede citarse, además, a CARIOTA FERRARA, // *negozio giuridico*, Nápoles, s/d, pág. 705.

(62) También en su trabajo *Novissimo Digesto italiano*, t. IV, Torino, 1964, págs. 666 y 667.

Más en concreto, parte de que en dicho contrato hay dos estipulaciones, dos negocios, porque el estipulante hace dos declaraciones de voluntad distintas y son aceptadas por el promitente, una en nombre propio y en otra en nombre ajeno, el promitente contrata aquí a la vez con el estipulante y con el tercero. Dos relaciones que no se configuran como autónomas sino interdependientes.

El primer contrato entre promitente y estipulante es un contrato sometido a condición resolutoria, siendo la condición la *electio amici*, y como depende de la voluntad del estipulante es una condición potestativa. Por tanto, éste es un negocio perfecto y eficaz desde el principio, hasta que al efectuarse la designación desaparece por entero la relación.

Mientras que el contrato entre promitente y designado, no es un contrato existente desde el principio, porque no puede hablarse de contrato cuando uno de los sujetos es incierto, aunque sea determinable, por lo que es un contrato de formación sucesiva. A la vez que siempre concluido por medio de representante. La *facultas amicum eligendi* es un poder jurídico que faculta para originar un acto que viene a completar el contrato entre promitente y designado, por lo cual es lo mismo que el estipulante tenga o no poder del designado, si carece de él es necesaria la ratificación, lo que no significa que antes de ella este contrato esté incompleto, está completo pues reúne todos los elementos estructurales ya antes de la ratificación, no falta ningún elemento interno del contrato, sino un mero presupuesto (la legitimación del estipulante).

(63) ENGELS, *Traite des obligations en droit suisse*, Neuchâtel, 1973, pág. 262.

enumeración no se trata de una relación exhaustiva, y es que la íntima contradicción existente en la posición del contratante que es tal, efectivamente, pero puede ser sustituido por otro sin que tenga lugar una sucesión, no puede sino sugerir numerosas hipótesis.

Tampoco la intervención legislativa ha disuadido la polémica, como puede verse en Italia o Portugal (64), cuyos códigos civiles regulan expresamente el contrato para persona a designar y, dado que la disciplina es lo suficientemente detallada, la previsión legal debería haber aplacado la discusión sobre la calificación del fenómeno (65).

En cualquier caso, todo ello revela que aunque es evidente y claro el interés práctico de la figura, como se ha visto, por el contrario, desde el punto de vista teórico no es fácil y pacífica su ubicación en alguna de las conocidas categorías del Derecho privado. La claridad de su finalidad desde luego no ha impedido a la doctrina dudar de su naturaleza jurídica, y las mayores dificultades proceden, en efecto, de las evidentes semejanzas con otras instituciones jurídicas.

De cara al análisis de su naturaleza jurídica interesaría tener presente que para que la figura responda mejor a su función económica deberían cumplirse dos premisas fundamentales:

- 1.^a Que el contrato se presente como una unidad.
- 2.^a Y que la parte que se reserve la facultad de nombrar quede inmediatamente vinculada hasta la efectiva designación del tercero y su correspondiente aceptación. (Originariamente la relación contractual quedaría establecida entre estipulante y promitente, el estipulante es parte del contrato y quedaría vinculado, en principio, al cumplimiento de las obligaciones derivadas del negocio. Y una vez que se designe y acepte el tercero, queda desligado del contrato como si nunca hubiera estipulado, pasando el tercero a ocupar su lugar adquiriendo con efectos retroactivos.)

Pero la eliminación del comprador al que se le autorizó la reserva y la entrada como adquirente del tercero con efectos retroactivos y directamente de manos del vendedor son precisamente los dos problemas más arduos de resolver.

De otro lado, si lo más frecuente es que dicha cláusula se inserte en un contrato de compraventa, a juicio de VALLET DE GOYTISOLO no es posible prescindir de tener en consideración su régimen, la solución del problema no puede independizarse de la naturaleza y los efectos que corresponden al con-

(64) La legislación actual portuguesa reproduce en lo esencial el articulado inicial de VAZ SERRA. De otro lado, esta figura ya estaba reconocida en el artículo 465 del Código de Comercio, que se refiere a la compraventa mercantil de cosas muebles para persona que después haya de nombrarse.

(65) Vid. SACCO-DE NOVA, *Trattato di Diritto privato*, Diretto da P. Rescigno, 10, *Obbligazioni e contratti*, t. 2., Torino, 1982, pág. 410.

trato de compraventa en el Código Civil español (66). A lo que habría de añadirse —como aconseja el profesor DE CASTRO muy certeramente— la consideración de las relaciones internas que determinan la convención, su significado —dice— depende de la relación interna que en cada supuesto matice a toda la relación jurídica compleja, «debe atenderse a la pluralidad de las relaciones internas posibles. Con lo que de un modo realista se tendrán en cuenta los oficios para los que esta figura se utiliza en la práctica. Para ello deberán considerarse las distintas situaciones que pueden ocupar cada una de las tres partes que intervienen» (67).

Teniendo en cuenta tales premisas, la designación podría tener lugar:

- a) en virtud de un previo encargo;
- b) o por libre designación del que se reservó esta facultad. Es decir, en interés del electo o en interés del estipulante.

No debe olvidarse que lo único que le diferencia de un contrato ordinario de la misma clase es la eventualidad de una ulterior designación que a veces obedece a una relación previa entre estipulante y el designado y en otras a una relación futura. Por eso, en efecto, para saber lo que hay exactamente habrá que tener en cuenta la relación interna, que estará en función de la finalidad que persigan los particulares, lo que será muchas veces un problema de interpretación (68).

Cuando el estipulante se limita a declarar que contrata «para persona que se designará», puede no ser lo mismo que declarar contratar «por sí o para persona a designar» (69).

(66) VALLET DE GOYTISOLO, «Contrato de compraventa a favor de persona a designar», en *AAMN*, t. VIII, 1954, pág. 563.

(67) DE CASTRO, «Contrato por persona a designar», en *ADC*, 1952, pág. 1378. Del mismo autor en *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pág. 125. También en *Estudios jurídicos* del profesor F. de Castro, t. II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, págs. 1435 y sigs.

(68) ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, cit., págs. 293 y sigs., de cualquier forma habrá que interpretar el contrato para que se depuren los términos exactos en que el estipulante originario se obligó y su consecuente responsabilidad.

Y en la jurisprudencia ha venido destacado, a propósito de esta misma figura, en la Sentencia del TS del 9 de junio de 1990: «la naturaleza de un negocio jurídico depende de la intención y declaraciones de voluntad que lo integran y no de la denominación que le hayan atribuido las partes, siendo el contenido real del contrato el que determina su calificación».

(69) Cass. 12-12-1995, núm. 12733 Banco Ambrosiano-De Benedetti. Controversia nacida del hecho de la obligación de adquirir, por parte del Banco Ambrosiano, acciones procedentes adquiridas por De Benedetti «por persona o ente a designar», hipótesis que el Tribunal distingue del contrato «por sí o por persona a designar».

Por el contrario, las cláusulas «para sí o para persona a designar» y «para sí y para persona a designar» tienen el mismo valor (vid. SERRANO Y SERRANO, *El contrato a favor de persona...*, cit., págs. 51 y sigs., también REYMOND, *La promesse...*, cit., págs. 75 y

a) En el primer caso podría deducirse que hay quizá un previo encargo, podría pensarse entonces que hay una representación (si bien no necesariamente porque el estipulante puede contratar de este modo simplemente para disimular que él es el verdadero interesado). Pero en ningún caso se trataría, aunque también presuponga una relación previa, de un *nuntius*, que carece de una voluntad propia en la formación del negocio jurídico y que no responde propiamente a la configuración del contrato por persona a designar, aunque históricamente para explicar los efectos de este contrato se haya concebido al estipulante como un mero nuncio o como un simple órgano o instrumento (70), pues recuérdese que en el contrato por persona a designar, el estipulante queda originariamente vinculado, la relación contractual queda establecida entre promitente y estipulante, el primero es parte del contrato y queda compelido al cumplimiento de sus obligaciones (claro, que para algunos autores no hay diferencia entre *nuntius* y representante —es una diferencia de cantidad de poder, no de cualidad—) (71).

Pero también habría que descartar la idea de una representación directa (72), según los clásicos presupuestos dogmáticos, en cuanto el representante actúa en ésta en nombre del representado y los efectos se producen directa e inmediatamente en la persona de este último, sin que quede vinculado contractualmente el representante. Es esencial la concurrencia de la llamada *contemplatio domini*. Respecto de lo cual manifiesta muy certeramente

76), como manifiesta BAUDRY-LACANTINERIE, *Traite...*, cit., núm. 176, «l'acheteur peut dire qu'il acheté pour lui ou pour un ami, ou même pour lui et pour un ami, l'emploi de la conjonction et ne l'oblige pas à garder pour lui une partie du marché». Tampoco hay que presumir —cuando se utiliza la partícula «y»— que el comprador se haya querido constituir fiador u obligar solidariamente con el tercero. Aunque originariamente el término que se usaba para designar al tercero era el de *compagnon*: persona que se interesa con otras en un negocio —apunta REYMOND, *La promesse...*, cit., págs. 72, 92 y sigs. y 199—, defendiéndose en su momento la teoría de compra en común: el *nommable* debía ser considerado como coadquirente del comprador, y esta compra en común ficticia permitía aplicar el principio de que el propietario no paga jamás el impuesto por la compra que él hacía de la porción indivisa de su adquirente (los juristas vaudois del siglo xvm construyeron en teoría la *vente pour soi ou pour son nommable* como una compra en común). Luego fue el término de *command* para denominar al tercero, el que se hizo más popular, y se construyó la figura sobre la base de un negocio fiduciario, el negocio para persona a designar —recuerda ENRIETTI, *Contratto...*, cit., págs. 668 y sigs.— deriva históricamente del negocio fiduciario concluido mediante *command*, se llamaba *fiduciarus emptor*, tanto en Francia como en Suiza, al adquirente *pro nominando* persona «parce que le véritable acquéreur se fie à la foi de celui qui acheté pour lui». Pero la contratación por persona a designar asume después un funcionamiento técnico y una estructura jurídica del todo propia.

(70) En SERRANO Y SERRANO, *El contrato a favor de persona por designar hasta la primera mitad del siglo XIX*, cit., pág. 34.

(71) Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. I, vol. 3.º, Barcelona, 1990, pág. 296.

(72) También DE CASTRO, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pág. 124.

DE CASTRO que aunque la doctrina haya desnaturalizado el contenido de la representación directa para alcanzar ciertos resultados prácticos, la aplicación teórica exige que «la representación directa sea abierta, es decir, que se conozca al representado, ¿cómo aceptar como deudor a quien se desconoce?, ¿cómo establecer una relación jurídica directa con quien ni siquiera se sabe si existe?, ¿cómo derivar del poder la vinculación jurídica con el representado cuando se desconocen su extensión, sus términos y hasta su existencia? Es necesario para que exista la representación directa que sea posible establecer inmediatamente la relación directa y ¿cómo será esto posible mientras que no se levante el telón que oculta al representado?» (73).

Otra diferencia se halla en la capacidad, pues el representante ha de tener capacidad general para la realización de actos jurídicos, aunque carezca de la capacidad requerida para el negocio de que se trate. Mientras que en el contrato por persona a designar, el estipulante requiere de la capacidad y legitimación correspondientes, en el sentido de que la formación del acuerdo contractual supone la capacidad de los contratantes, capacidad para contratar, es necesaria la subsistencia de los requisitos del contrato mismo respecto del estipulante en el momento de la estipulación, en cuanto que el estipulante se compromete asimismo y sólo eventualmente al tercero, si el estipulante se obliga válidamente el contrato es válido también si por azar el tercero no puede obligarse o de otra manera no se obliga válidamente, pues el contrato produce sus efectos entre los contratantes originarios. Al mismo tiempo habrá que tener en cuenta las prohibiciones para contratar del artículo 1.459 del Código Civil.

Por tanto no concurren los requisitos para estar en presencia de una representación directa, los presupuestos y las actuaciones exigidas para el contrato por persona a designar son contrarios a la noción de este tipo de representación. Como dice FLATTET, la variedad de efectos que ofrecen los contratos concluidos por una persona y se ejecutan con otra no pueden entrar en los límites estrechos de la representación (74).

Así, tampoco serviría para lograr en estos esquemas la inclusión del contrato para persona a designar el recurso a la técnica de la ratificación, asimilándola a la aceptación que debe manifestar el tercero para quedar vinculado (75). Son dos conceptos jurídicos diferentes, estando prevista la ratificación cuando una persona contrae como representante sin tener poder, es la ratificación la que permite dar eficacia a aquella relación jurídica en que se invocó el nombre

(73) DE CASTRO, *Contrato por persona a designar*, cit., pág. 1378. Vid. también DIEZ-PICAZO, *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 439.

(74) FLATTET, *Les contrats pour le compte d'autrui*, París, 1950, pág. 296.

(75) En el mismo sentido, VISALLI, «Natura jurídica del contratto per persona da nominare», en *Foro italiano*, 1960, pág. 1389; SCALÙNE, «Spunti critici in tema di contratto per persona da nominare», en *Riv. Dir. Commerciale*, 1958-1, pág. 360.

del principal; por tanto, ello ocurre en un negocio hecho sin apoderamiento, representando la ratificación la concesión de efectos a un contrato que carecía de ellos; lo que no ocurre en la figura, objeto de estudio, donde el contrato es eficaz y las partes quedan vinculadas y, definitivamente, aunque el tercero no consienta, dicha aceptación no tiene por objeto reponer el negocio como si realmente hubiese emanado de aquél *ab initio* el exigible poder legitimador, que es la función que tiene la ratificación. De otro lado, la ratificación puede ser expresa o tácita, mientras que la aceptación en el contrato por persona a designar tiene que ser expresa. Como también difieren en cuanto a quién debe dirigirse la ratificación y a quién la aceptación del contrato por persona a designar, el destinatario de la ratificación, en todo caso, ha de ser el tercero que celebró el negocio con el supuesto representante. Suponen también consecuencias diversas en torno a sus efectos (76), la aceptación en el contrato por persona a designar tiene eficacia retroactiva absoluta, mientras que la ratificación deja a salvo los derechos de terceros (77).

De otro lado, el fin práctico que se logra con el contrato por persona a designar no se asemeja a las finalidades que se intentan alcanzar con la figura de la representación directa (78). Por eso, no se podrá relacionar siempre con esta institución porque se desvíen los efectos del contrato hacia otra persona.

En todo caso, podría haber una representación indirecta (la ocultación de personalidad —una de las finalidades de nuestra figura— fácilmente puede realizarse utilizando el esquema de la representación *in incertam personam*, pero no, desde luego, con el anterior tipo de representación). El contrato sólo con la fórmula «para persona a designar» ha sido calificado como una representación *in incertam personam*, entre otros por CARRESI, según el cual el contrato concluido sólo *per persona da nominare* (no contrato *per se* o *per persona da nominare*) es una hipótesis de representación *in accertam personam*, en el

(76) Vid. de nuevo DE CASTRO, *Contrato por persona a designar*, cit., pág. 1375.

(77) Vid. para el Derecho italiano, ZINCANI, *Schemi di diritto privato*, Bologna, 1992, pág. 355.

ROMANO, *La ratifica nel diritto privato*, Florencia, 1964.

(78) Sobre la representación puede verse: DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1977; del mismo autor, *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, 1993, págs. 439 y sigs.; y «El concepto jurídico de representación en el Derecho privado», en AAMN, 1968, t. XVI, pág. 133; FERRARA, «La representación», en RDP, 1928, págs. 134 y sigs.; GORDILLO, *La representación aparente*, Sevilla, 1978; TRAVIESAS, «La representación voluntaria», en RDP, 1922, págs. 193 y sigs.; SOTO NIETO, «Aspectos fundamentales de la representación», en RJC, 1974, págs. 65 y sigs.; FLUME, *El negocio jurídico*, trad. de Miguel González y Gómez Calle, Madrid, 1992, págs. 875 y sigs.; BADÉN AS CARPIÓ, *Apoderamiento y representación voluntaria*, Pamplona, 1998; Mosco, *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*, Napoli, 1961; PUGLIATTI, *Studi sull' rappresentanza*, Milán, 1965; NATOLI, *La rappresentanza*, Milán, 1977; AVILA NAVARRO, *La representación con poder*, Madrid, 1992; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *El poder irrevocable*, Barcelona, 1998.

cual el nombramiento se configura como el cumplimiento de una obligación (79). Si bien, no asumido unánimemente, pues también se ha manifestado que si la hipótesis del contrato, sólo, por persona a designar debiera construirse como un supuesto de representación indirecta no podría en modo alguno justificarse que en el caso de falta de nombramiento o de elección irregular los efectos se produzcan en favor de los contratantes originarios (80). (Sin embargo, pensando en un supuesto práctico que afecte al negocio en cuestión sobre la duda de si quien contrata por el principal a designar después si no lo designa queda obligado contractualmente deberá entenderse normalmente obligado conforme a la intención presumible de las partes y al uso.)

Bien es verdad que el tercero puede haber conferido poder con anterioridad a la celebración del contrato, y no se revele la identidad de la persona en virtud de la cual se obra (81), sin que ello resulte, pues, incompatible con el contrato por persona a designar, no resulta inútil su utilización; si concurre, ¿para qué serviría además la cláusula de reserva?, según DE CASTRO, la cláusula de reserva serviría para ampliar y facilitar la eficacia de la representación indirecta u oculta, «la facilita en cuanto que prepara la prueba y la existencia previa del poder; la amplía porque la relación directa entre promitente y designado se extiende de la transmisión de bienes a la relación obligatoria, liberándose el estipulante de la vinculación respecto al promitente, en que si no se encontraría aún al descubrirse el poder. La misma designación puede, en este supuesto, ser útil cuando el mandatario haya recibido encargos iguales de varios mandantes para saber cuál cumplió o respecto de quién cumplió cada uno» (82). Y para GAZZONI, «quando non é ravvisabile un intento speculativo dello stipulante — che comunque non può costituirne di certo la ratio le gis— l'istituto mira a tutelare il prominente, al quale garantisce in ogni caso la vincolatività dell'accordo a prescindere da vizi o difetti di procura, che possono invece renderlo inefficace in caso di rappresentanza» (83).

Y los efectos de la representación indirecta pueden ser similares a los que surgen del mandato (84), dependientes de la actuación del mandatario. Si actúa en nombre ajeno, según el artículo 1.725 del Código Civil, «El mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los

(79) CARRESI, «Contratto per persona da nominare», en *Enciclopedia del Diritto*, 1962, pág. 130; ver también su trabajo «Funzione e struttura del contratto per persona da nominare», en *Riv. Dir. Civ.*, 1958-1, págs. 591 y sigs.

(80) En este sentido se expresa CRISTOFARO, «Sul contratto per persona da nominare e sulla sua efficacia», en *Notariato*, 1996, pág. 118.

(81) Como dice LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil. Parte general del Derecho civil*, t. I, vol. 3.º, Barcelona, 1990, pág. 346.

(82) DE CASTRO, *Contrato por persona a designar*, cit., pág. 1377.

(83) GAZZONI, «Contratto per persona da nominare», en *Enciclopedia giuridica Trecani*, t. IX, 1988, pág. 1.

límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes», será el mandante parte del negocio o de la relación jurídica creada, en su esfera ingresan inmediatamente los derechos y obligaciones correspondientes, quedando el mandatario fuera de tal relación. (Mientras que en el contrato para persona a designar el contratante-estipulante actúa inicialmente cubriendo con su propio nombre y su propia responsabilidad los compromisos contraídos.) Pero si actúa el mandatario en nombre propio, sin declarar la calidad con la que obra, el artículo 1.717 del Código Civil prescribe que «cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúese el caso de que se trate de cosas propias del mandante. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario». Que según la opinión más actualizada debe ser interpretado entendiendo que el asunto gestionado por el mandatario es en efecto considerado como si fuera personal suyo pero en relación con el tercero, pues no se dice que ese asunto es personal suyo frente al mandante y al mandatario. «Si nos preguntamos por quién adquiere cuando el mandatario actúa en interés y por cuenta de otro (mandante), pero en su propio nombre, el artículo 1.717 no nos da más que una respuesta: el mandatario es el obligado frente a la persona con la que ha contratado. No nos dirá, pues, que la adquisición se verifica inmediatamente para el mandante, que él es el verdadero propietario desde el momento en que el tercero cumple su obligación de entrega respecto al mandatario, porque su campo de aplicación no es éste propiamente, sino es el de la *denegatio actionis* entre tercero y mandante» (85). «Cuando el mandatario adquiere por cuenta del mandante utilizando únicamente su propio nombre, éste adquiere inmediatamente sin necesidad de ninguna transmisión dominical de aquél en su favor, pero exclusivamente en relación con el mandatario... De ahí la singularidad de este mandato para adquirir que origina una

(84) Sobre el mandato puede verse, entre otros, VISALLI, «In tema di acquisti del mandatario», en *Riv. dir. civ.*, 1997-1, pág. 73; GRAZIADEI, «Mandato», en *Riv. Dir. Civ.*, 1997-1, pág. 147; LEÓN ALONSO, *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 1523; RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. II, *Derechos de obligaciones*, vol. 2.º, Barcelona, 1995, pág. 225; SANPONS SALGADO, *El mandato*, Barcelona, 1964; PETEL, *Le contrat de mandat*, París, 1994.

(85) GULLÚN BALLESTEROS, «Mandatario que adquiere en nombre propio», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor De Castro*, t. I, Madrid, 1976, pág. 762, por eso «llama la atención que se haya difundido en nuestra doctrina la tesis de que en el mandato sin representación, que se simboliza en el actuar en nombre propio, el mandatario sea quien adquiera, y el mandante sólo será propietario cuando cumpla su obligación de transferirle las cosas previamente adquiridas por él». En este sentido la teoría de NÚÑEZ LAGOS, «Mandatario sin poder», en *RDP*, 1946, pág. 618.

disociación de efectos jurídicos, según se contemple frente a terceros o frente al mandante, motivada porque actúe en interés ajeno. Frente al mandante, el mandatario no es propietario; frente a terceros sí lo es... El mandante adquiere una propiedad que llamaremos sustancial, mientras que el mandatario, y frente a terceros ajenos al mandante, desconocedores del mismo, una propiedad formal» (86). Y JORDANO BAREA respecto del mandato para adquirir, también argumenta que la titularidad del mandatario *ad acquirendum* se configura como una titularidad fiduciaria, una titularidad sólo aparente, externa, relativa, formal, no esgrimible de cara al mandante, que puede reclamarla de cualquiera y reivindicarla. El resultado final del negocio gestor es siempre del mandante, en las relaciones internas entre éste y el mandatario, «incluso cabe afirmar, con una interpretación amplia del artículo 1.717 del Código Civil, que lo es también en las relaciones externas o de cara a los terceros, en todos aquellos casos en que es notorio que la titularidad de los derechos, asuntos o intereses gestionados pertenecen al mandante» (87). Respondiendo el mandatario de los daños y perjuicios que de no ejecutar el contrato se ocasionaren para el mandante (arts. 1.717 y 1.726 del Código Civil) (88).

b) Pero el nombramiento no es necesariamente el cumplimiento de un compromiso anterior al contrato: el designado puede ser alguien desconocido para el estipulante en el momento de pactar y a quien por tanto no se representa ni tampoco se oculta al promitente, no hay ninguna relación previa entre él y el futuro designado. En este caso lo más característico es que la transmisión de las consecuencias del negocio aparece como posible pero no como inevitable; la designación del tercero supone así una opción y no una obligación.

El promitente le otorga la facultad o el poder de designación que ejercerá a su arbitrio y en su beneficio. En tales supuestos la facultad del estipulante de-

(86) GULLÓN BALLESTEROS, *ibidem*, pág. 766.

(87) JORDANO BAREA, «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria», en *ADC*, 1983, págs. 1442 y 1447. Vid. también GULLÓN BALLESTEROS, «Mandatario que adquiere en nombre propio», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor De Castro*, t. I, 1976, pág. 759 y sigs.

(88) Si el objeto es una operación de comercio se trataría de una comisión mercantil, que es el mandato que tiene por objeto un acto u operación de comercio, es el mandato en virtud del cual el mandatario (comisionista) se obliga a realizar o a participar en un acto o contrato mercantil por cuenta de otra persona (comitente). Si el comisionista actúa en nombre del comitente se producen los efectos de la representación directa. Si actúa en nombre propio se establecen relaciones directas entre el comisionista y el tercero, sin embargo, como el comisionista obra siempre por cuenta del comitente ha de estimarse que en el caso que haya adquirido no es para él sino para el comitente, por lo que los artículos 908 y 909.4 del Código de Comercio consideran que en caso de quiebra del comisionista el verdadero dueño de las mercancías es el comitente, por lo que deben ponerse a su disposición, vid. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, t. II, Madrid, 1998, págs. 145 y sigs.; VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Barcelona, 1990, págs. 294 y sigs.; GARRIDO, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Madrid, 1994; ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, *El mandato y la comisión mercantil*, Granada, 1997.

riva de la relación promitente-estipulante y se basa en la autonomía de la voluntad que configura así una especie de subrogación convencional (89) (90).

(89) En el mismo sentido BETTI, «Sulla natura giuridica della girata dei titoli all'ordine», en *Riv. dir. comm.*, 1927-1, pág. 566.

De subrogación habla la Ley 514 del Fuero Nuevo de Navarra, lo denomina contrato con facultad de subrogación: «puede concertarse un contrato con facultad, para cualquiera de las partes, de designar posteriormente la persona que deba subrogarse en sus derechos y obligaciones. El otro contratante en cualquier momento, podrá requerir a quien esté facultado para que haga la designación dentro del plazo máximo de un año y un día, a contar del requerimiento, a no ser que en el contrato o por ley, se hubiera establecido otro término. La declaración que designe la persona deberá notificarse a la otra parte dentro del plazo. Hecha la notificación, la persona designada se subroga en los derechos y asume las obligaciones de la parte que le designó, con efecto desde el momento de la celebración del contrato. Si dentro del plazo no se notificare la designación de persona, el contrato producirá todos sus efectos entre las partes que lo celebraron».

Y en la doctrina italiana, VISALLI, «Natura giuridica del contratto per persona da nominare», en *Foro italiano*, 1960-1, pág. 1392, concluye, después de haber rechazado numerosas teorías propuestas como inadecuadas para explicar la naturaleza del contrato para persona a designar, calificando dicho negocio regulado en los artículos 1.401 a 1.405 del Código Civil, de un supuesto de subrogación legal. A su entender, el único medio para alcanzar una solución adecuada es considerar como efectos legales y no negociables aquéllos que se producen en cabeza del designado. Estos no son directamente imputables a la autonomía privada porque no pueden unirse a ningún esquema negocial que los justifique. Se sitúan fuera del área negocial y son reconducidos inmediatamente a la ley a través del mecanismo de la subrogación legal. La naturaleza jurídica del contrato sería la siguiente: el estipulante tiene la facultad alternativa de permanecer como tal o de hacer operativa, mediante la *electio amici*, la subrogación legal con un tercero en la titularidad activa y pasiva de las relaciones nacidas del negocio. La *electio* constituye un título jurídico que legitima al tercero designado a entrar en la idéntica posición jurídica, ya ocupada por el estipulante, por obra de la ley. La subrogación se verifica directamente por voluntad de esta última, recurriendo a un determinado presupuesto (*electio amici*) al cual la Ley da relevancia de título para el subingreso. En realidad, el estipulante, escogiendo la reserva, opera en dos direcciones: señala al promitente el sujeto que desea hacer entrar en su posición jurídica, y manifiesta, en consecuencia, la voluntad de retirarse del contrato; esta retirada unilateral determina la desaparición de la relación obligatoria para el contratante y hace posible al tercero nombrado entrar en el puesto de su negocio. Con lo que se explica así la resolución de la relación jurídica entre promitente y estipulante sin necesidad de recurrir a la institución de la condición. La subrogación legal hace de este modo que el nombrado ocupe la idéntica posición que correspondía al eligente, sin que el título jurídico del primero sea legado por ningún nexo derivativo a aquél del segundo. La adquisición de la titularidad de los derechos, nacidos del contrato, en favor de la persona designada, tiene carácter originario e independiente. La declaración de nombramiento no determina una adquisición derivativa, en el sentido de que no crea una relación entre estipulante y electo destinada a transferir del uno al otro dicha titularidad. Así, la Ley establece que la persona nombrada adquiera los derechos y las obligaciones derivadas del contrato directamente del promitente, así como adquiere la cualidad de parte contratante.

La Ley de 1791 —citada por BAUDRY-LACANTINERIE, *Traite...*, cit., pág. 169, habla también de subrogación: «*toute personne au profit de laquelle aura été faite et qui aura accepté une déclaration de command ou d'ami, sera plein droit subrogée à l'acquéreur qui aura fait cette déclaration ou élection d'ami*».

(90) Sobre la subrogación puede verse, entre otros, CAPILLA RONCERO, «Subrogación», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, 1995, pág. 6385; VATTIER FUENZALIDA,

El contrato para persona a designar no supone ningún desvío al principio de relatividad de los contratos porque produce sus efectos entre los contratantes. En la práctica, el estipulante realiza un negocio en firme abonando el precio, recuperando, en su caso, las prestaciones del designado —fácilmente el promitente no aceptaría vender y cobrar el precio a cualquier tercero que podría ser un insolvente, quedando liberado el estipulante— (91). Es un negocio perfecto que, sin embargo, espera con el ejercicio de la facultad de nombramiento o con su no realización, concretizar el elemento subjetivo para producir la amplitud de los efectos que le son propios; se promete la consolidación de una futura posición contractual. Así, éste es un contrato con eficacia en un primer momento simplemente obligatoria, que en esta fase no produce su eficacia real (92).

La autonomía de la voluntad ha configurado un negocio que legitima a uno de los contratantes retirarse del contrato si ejercita la cláusula de la que

«Notas sobre la subrogación personal», en RDP, 1985, pág. 491; MESTRE, *La subrogation personnelle*, París, 1979; RUBIO TORRANO, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1993, págs. 989 y sigs.; GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XIX, 1.^a ed., 1980, págs. 581 y sigs.; SANCHEZ REBULLIDA, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XVI, vol. 1.^o, 1991, págs. 775 y sigs.; REBOLLEDO VÁRELA, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1993, pág. 1007.

(91) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. I, vol. 3.^o, cit., pág. 346.

(92) DE MATTEIS, «Il contratto per persona da nominare», en *Contratto e impresa*, 1993-2, pág. 565, manifiesta que a finales de los años treinta se destacó, anticipándose entonces a la formación que tiempo después será reconocida al contrato para persona a designar en la jurisprudencia, que sólo a condición de considerar el contrato para persona a designar teniendo eficacia en un primer momento simplemente obligatoria es posible alcanzar la exacta solución del problema. Vid. también VALLET, *Contrato de compraventa a favor de persona a determinar*, cit., págs. 561 y sigs.; VALCARCE, «La venta con reserva de elección de amigo o comprador en la LEC», en *Rev. de Derecho procesal*, 1952, pág. 352; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.^o, cit., pág. 273. Y en la jurisprudencia puede verse la Sentencia del TS de 21 de noviembre de 1997, «el tercero, cuando se consuma el contrato, pasa a ocupar el lugar del estipulante, que queda, entonces, fuera del vínculo», o la Sentencia de 9 de junio de 1990 (del TSJN), no obstante, estas sentencias hacen alusión a un contrato de compraventa plasmado en documento privado conteniendo la cláusula en la que se comprometen a elevarlo a escritura pública donde como comprador podrá figurar el originario u otra persona que él designe.

GETE-ALONSO, vol. col., *Manual de Derecho civil*, t. II, Madrid, 1996, pág. 628, manifiesta que en este supuesto se produce una situación semejante a la que tiene lugar en la cesión de créditos, por ello el estipulante responde frente a la otra parte contratante de la misma forma que lo hace el cedente (art. 1.529 del Código Civil). Mucho se ha discutido sobre si el estipulante era garante de la solvencia del tercero frente al vendedor, REYMOND, *La promesse...*, cit., pág. 95, afirma que fue defendido en cierto momento debiendo ser aceptado el nombrado por el vendedor y si no era solvente el comprador quedaba obligado (vid. también pág. 154), sin embargo, quien acepta la cláusula ha de aceptar al tercero que se le nombre, en la práctica el estipulante previamente habrá pagado el precio al vendedor, pues éste no se arriesgará a vender y cobrar el precio a cualquier insolvente.

depende que el tercero nombrado entre en el puesto de su negocio (93). Si el estipulante ejercita la cláusula eficazmente, los efectos del contrato se producen en relación al nombrado, tal como se ha previsto en el contrato, justificándose el efecto retroactivo o bien porque el estipulante obró con base en un poder o mandato anterior al contrato (*contrato pro amico electo*) o bien porque el elegido se ha aprovechado del negocio por una aceptación posterior (*contrato pro amico eligendo*), viniendo el tercero siempre a ocupar la posición del contratante originario.

La subrogación hace que el nombrado ocupe la misma posición que correspondía al estipulante sin que el título jurídico del primero —como dice VISALLI— sea legado por ningún nexo derivativo. La adquisición de la titularidad de los derechos, nacidos del contrato, en favor de la persona designada, tiene carácter originario e independiente. La declaración de nombramiento no determina una adquisición derivativa, en el sentido de que no crea una relación entre estipulante y electo destinada a transferir del uno al otro dicha titularidad (94).

De esta forma no es imprescindible el recurso a la cesión del contrato, pues no hay una adquisición derivativa sino originaria (95), a todos los efectos existirá una sola transmisión, lo que elimina toda idea de cesión, ya que hecha la designación el sujeto nombrado es considerado como si él mismo hubiera concluido el contrato y con efectos *ex tunc*, desapareciendo el originario estipulante de la relación como si nunca hubiera existido, mientras que la cesión implica una idea de transmisión con efectos *ex nunc*, y la ausencia de retroactividad implica un reparto temporal de la cualidad de parte contratante —ajeno al contrato por persona a designar—.

(93) De la reserva de nombramiento surge para el estipulante el derecho de hacer la elección, discutiéndose si este derecho, perteneciente a la categoría de los derechos potestativos, es transmisible *mortis causa* o también por actos *inter vivos*, sobre lo que apunta CARRESI, «Contratto per persona da nominare», pág. 135: «*il problema é se, nel caso, in cui la scelta non venga effettuata da nuovo titolare, costui acquisti i diritti e assuma gli obblighi nascenti dal contratto o se invece gli effetti contrattuali si riversino in capo alio stipulante. Quest'ultima soluzione sembra che debba preferirsi, salvo che non consti di un diverso accordo fra lo stesso stipulante e il cessionario del diritto di scelta*».

(94) VISALLI, *Naturaleza jurídica...*, cit., pág. 1392.

(95) Vid. CRISTÓBAL-MONTES, «La cesión de contrato», en *ADC*, 1968, pág. 889; VALLS TABERNER, *La cesión de contratos en el Derecho español*, Barcelona, 1955, pág. 18; FORNER DELAYGUA, *La cesión de contrato*, Barcelona, 1989, pág. 14; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La cesión del contrato en el Fuero Nuevo», en *RJN*, núm. 15, págs. 169 y sigs., «por su parte, el contrato con facultad de subrogación a que se refiere el artículo 514, recoge la figura más conocida habitualmente como contrato para persona a designar, distinto, conceptual y funcionalmente, de la cesión de contrato», del mismo autor puede verse también «La transmisión activa y pasiva de las obligaciones en el Derecho navarro», en *RJN*, núm. 18, 1994, pág. 19, núm. 16.

La cesión del contrato implica el traspaso a un tercero por parte de un contratante de la íntegra posición que en el contrato ocupa, el cesionario adquiere todas las obligaciones producidas por el pacto y los derechos que conferían al titular de dicha posición que la enajena, el contrato cedido se impone al cesionario tal y como había sido concluido por el cedente, ninguna diferencia con la situación que resulta de un contrato por otro —la misma realidad asume el tercero en el contrato para persona a designar, como si él mismo hubiera celebrado el negocio—, pero el reemplazo de un contratante por otro se opera en la cesión de contrato por medio de una transferencia, implicando un pasado y un futuro de la titularidad de la relación contractual, es decir, de una sucesión de contratantes (96). Dice CICALA que en el contrato por persona a designar no hay sucesión de persona nombrada en los efectos, sino producción de los efectos directamente en cabeza de la persona nombrada (97).

Asimismo también se ha exigido para que tenga lugar la cesión de contrato que existan obligaciones o relaciones pendientes entre las partes iniciales y derivadas del mismo contrato, es decir, que éste no se haya consumado aún (98). Circunstancia que necesariamente no ha de concurrir en el contrato por persona a designar, para aquellos autores que entienden que es posible que antes del nombramiento del tercero se haya consumado el contrato, es decir, que se producen también entre estipulante y promitente efectos reales, en cuyo caso sería necesario para ello pactar expresamente una condición resolutoria.

De hecho, el profesor SERRANO Y SERRANO (99) en su estudio histórico de esta figura pone de relieve cómo a los tratadistas de los siglos medio y modernos repugnaba toda situación de incertidumbre en la propiedad, por lo que convenido un contrato de compraventa, tenía que haber un propietario y hasta tanto no era designado el amigo, asumía completamente la condición de parte y adquiriría la propiedad el estipulante. Hecha la compra, tal comprador se decía *interim perfecto dominus*. La cláusula faculta para una designación como también para no designar, de manera que si no se hace el nombramiento continuará en el dominio de la cosa desde el principio adquirida para sí. Por tanto, hasta la declaración hecha y aceptada el estipulante podría ser propietario y una vez hecha, el estipulante desaparece ocupando el tercero su lugar.

Sin embargo, si el estipulante no desea conservar el contrato para sí y desea hacer uso de la reserva, se decía también en el Derecho histórico que

(96) Vid. AYNES, *La cession de contrat*, París, 1984, pág. 125.

(97) CICALA, // *negozio di cessione del contratto*, Nápoles, 1962, pág. 56.

(98) Vid. Sentencia de 9 de junio de 1990 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, y la Sentencia del TS de 26 de noviembre de 1982.

(99) SERRANO Y SERRANO, *El contrato a favor de persona por designar hasta la primera mitad del siglo XIX*, cit., págs. 41 y sigs.

aun siendo propietario no debía hacer actos de propietario (100), porque de otro modo consumía la opción a su favor. Considerándose actos de propietario la constitución de gravámenes, la venta en partes del inmueble, ...atendiendo, en todo caso, a la intención de las partes (101).

De esta manera trataba de evitarse al mismo tiempo un posible fraude de acreedores, frente a un adquirente que quisiera especular hábilmente con esta fórmula para sustraerse de sus obligaciones, que de verificarse podrán impugnar los acreedores (102).

V. TRATAMIENTO FISCAL

Desde un punto de vista fiscal también ha preocupado que sólo se viera una sola transmisión. En el artículo 20 del Reglamento del Impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados (Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo) refiriéndose a las subastas a condición de ceder prescribe que «si la enajenación tuviera lugar en subasta judicial, y el postor a quien se adjudique el remate hubiera hecho uso, en el acto de la subasta, del derecho a cederlo en las condiciones establecidas por la normativa reguladora de la subasta de que se trate, se liquidará una sola transmisión en favor del cesionario. Si la declaración de haber hecho la postura para ceder se formula después de celebrada la subasta, no tendrá aplicación lo dispuesto en este apartado y se liquidarán dos transmisiones distintas: una al adjudicatario del remate, y otra, al cesionario de aquél».

Y aunque la cesión de remate a un tercero sea una modalidad del contrato por persona a designar (103), la previsión fiscal expresamente se refiere a la

(100) *Ibidem*, págs. 58 y sigs.

(101) Como decía también ENRIETTI, «Contratto per persona da nominare», en *Enciclopedia del Diritto*, cit., pág. 676, la *electio amici* debe suceder *rebus integris*: la relación contractual que liga al promitente con el electo es en todo y por todo idéntica al contrato fijado desde el origen por el estipulante con el promitente. Anteriormente BAUDRY-LACANTINERIE, *Traite...*, cit., núm. 179.

(102) Vid. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traite...*, cit., núm. 182, los acreedores no podrían ejercer sus derechos sobre los inmuebles que han sido objeto de la reserva. GAZZONI, *Contratto...*, cit., pág. 6; CARRESI, *Contratto...*, cit., pág. 132; CRISTOFARO, *Contratto...*, cit., pág. 119; SERRANO Y SERRANO, *El contrato a favor de persona...*, cit., págs. 35 y 42.

(103) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. I, vol. 3.º, cit., pág. 345.

Sobre la variedad de teorías que se han propuesto para explicar su naturaleza jurídica, de forma paralela al contrato para persona a designar, puede verse BALLESTER GINER, «Cesión de remate», en *RDP*, 1988, págs. 347 y sigs.; ROBLEDO VILLAR, «Cesión de remate», en *AC*, 1994, págs. 667 y sigs., quien concluye —pág. 671— que es obligado sostener que la cesión de remate es, ante todo, una figura procesal, tras la cesión se oculta una relación entre sus protagonistas ajena al interés procesal. Sobre su naturaleza jurídica procesal, vid. también MORAL MORO, *La subasta judicial de bienes inmuebles*, Valladolid, 1998 (Tesis), págs. 441 y sigs.

cesión de remate en la subasta judicial, ni siquiera es de aplicación a otros tipos de subastas (104), y para estrechar más el círculo de ello sólo se puede beneficiar o sólo puede hacer postura a calidad de ceder el remate el ejecutante (art. 1.499.3 LEC) (más precisamente no todos los postores acreedores podrán hacer uso de la posibilidad de cesión, siendo preciso que su puja sea declarada la mejor y haya sido consignada en acta como aprobada judicialmente, por tanto, el acreedor ejecutante ha de ser postor y titular del remate para poder transmitirlo por cesión) (105) (106), limitación que no se ha trasladado a otros procedimientos de ejecución (107).

Realizada la cesión por el ejecutante, sólo se verifica una transmisión, pues una vez aprobado el remate, el rematante tiene la obligación de pagar el precio y efectuado se convierte en adjudicatario, luego si la cesión del remate ha de producirse previa o simultáneamente al pago del precio ofrecido no se habrá producido una verdadera transmisión jurídica del rematante-cedente y otra pos-

(104) A juicio de MARTÍNEZ LAFUENTE, *Manual del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados*, Madrid, 1996, pág. 228, «no existe una justificación para mantener una regla de tributación que afecte sólo a una modalidad de subasta, pues idéntica razón existe para aplicar el mismo principio a las subastas administrativas y a las que se realizan ante notario; tal y como está redactado el precepto, la liquidación única sólo se admite en las subastas judiciales cuando se ha hecho expresión formal del deseo de ceder el remate».

(105) ROBLEDO VILLAR, «Cesión de remate», en AC, 1994, págs. 662 y 673 y sigs.

(106) La limitación al propio ejecutante que sea adjudicatario de la subasta tiene como objetivo acabar con el mercado altamente especulativo que habían originado los subasteros profesionales, que aprovechando la institución de la cesión, inmediatamente adquirido el bien a un bajo precio, lo revendían en el ámbito extrajudicial. Ahora el legislador se asegura de que el adjudicatario no es un profesional de la subasta, pero quizá como contrapartida se origine una menor motivación para tomar parte en ellas con perjuicio de los propios ejecutantes que pueden ver así reducidas sus expectativas en la satisfacción de sus créditos que, no obstante, se podría ver compensado con la posibilidad que se mantiene para el acreedor de transmitir el bien a un tercero interesado en las ventajas económicas que comporta dicha cesión, aunque el plazo que para ello conserva la ley sea demasiado breve (ocho días tratándose de bienes inmuebles —art. 1.511 LEC—), vid. *La reforma de los procesos civiles* (Comentario a la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal), coord. por MONTERO AROCA, Madrid, 1993, págs. 167 y sigs.; ROBLEDO VILLAR, *Cesión de remate*, cit. págs. 673 y sigs.; DAMIÁN MORENO, GONZÁLEZ-CUELLAR, GARBEDI LLOBREGAT, *La reforma procesal civil, penal y administrativa de 1992*, Madrid, 1992, pág. 72; FERNÁNDEZ LÓPEZ, ILLESCAS RUS, MARTÍN BERNAL, PUYOL MONTERO, RODRÍGUEZ SAN VICENTE, *La reforma procesal por Ley 1992*, Madrid, 1992, págs. 318 y sigs.

(107) Vid. ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. IX, Barcelona, 1988, pág. 387, núm. 220, «la medida de reducir al ejecutante, una vez sea rematante de la finca, como titular de la facultad de ceder el remate a un tercero, responde, sin duda, a la conveniencia de evitar los llamados subasteros. Mas ésta no es razón bastante para estimar que la legislación hipotecaria ha sido modificada por el nuevo texto del párrafo 3.º del artículo 1.499 LEC». Vid. también LÓPEZ LIZ, *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1998, págs. 660 y 661.

teriormente al cesionario, sino una sola a favor del propio cesionario («...el ejecutante que ejercitare esta facultad habrá de verificar dicha cesión mediante comparecencia ante el propio juzgado que haya celebrado la subasta, con asistencia del cesionario, que deberá aceptarla, y todo ello previa o simultáneamente al pago del resto del precio del remate» —art. 1.499.3 LEC—; arts. 1.511, 1.514 y 1.515 LEC). Por ello se define la cesión del remate como «la actuación procesal pública, colectiva y solemne, en la cual el titular del remate, aprobado judicialmente, transfiere voluntariamente dicha calidad a un tercero, ajeno a la relación previa y que deberá aceptar dicha transmisión y todo ello con anterioridad a la definitiva aprobación y adjudicación» (108), pues una vez efectuado se firmará el acta y se dicta el auto aprobando el remate a favor del cesionario que podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad (109).

En el contrato por persona a designar si el ejercicio de la cláusula es consecuencia de un previo encargo —como puede serlo también la cesión del remate— habría, de igual modo, una sola transmisión, el artículo 19 del mismo Reglamento declara en orden al pago de un solo impuesto que: «la declaración o reconocimiento de propiedad u otro derecho, a título de haber obrado en concepto de mandatario o gestor de la persona a cuyo favor se hacen, al verificar la adquisición de los bienes a que dicha declaración o reconocimiento se refieran, se considerará como verdadera transmisión, si en el título o documento acreditativo de la que se supone realizada por poder o encargo, no constaran consignados en legal forma tal característica y circunstancias y sin perjuicio de que tal actuación en concepto de mandatario o gestor pueda acreditarse por otros medios de prueba».

Y si se realiza la cláusula a iniciativa y conveniencia del propio estipulante, cuando es un poder de designación independiente, la autonomía de la voluntad ha configurado una convención con una especial fisonomía, en la que el tercero nombrado no adquiere derivativamente sino con efectos *ex tunc*, desapareciendo de la relación el contratante originario como si nunca hubiera estipulado, de manera que el designado adquiere de manos del vendedor o promitente.

El contrato para persona a designar es único, tanto desde el punto de vista civil como fiscal (110). Hasta que no se efectúe la designación personal no

(108) ROBLEDO VILLAR, *Cesión de remate*, cit, págs. 660 y 661.

(109) En el procedimiento ejecutivo extrajudicial hipotecario el licitador que se adjudique la finca dispone de ocho días para abonar la diferencia entre el importe consignado y el precio de remate. En este plazo debe aceptar el remate quien haya hecho posturas por escrito, y cederse el remate en caso de que se hubiese hecho con calidad de cederlo a un tercero. Pagado el precio se otorga la escritura de venta y el adjudicatario puede pedir la posesión de los bienes al juez. Vid. *Memento práctico* F. Lefebvre, Inmobiliario, 1997/1998, Madrid, 1997, pág. 375.

(110) Acordao 18 de marzo de 1982.

se sabe quién será realmente el contratante definitivo, y por tanto quién debe el impuesto, pues hasta que no se produzca el nombramiento no se habrá consumado la adquisición. No representa ningún fraude al fisco, por el contrario, la doble tributación (111) es la que representaría una auténtica extorsión por parte de Hacienda.

De otro lado, este contrato no debe suscitar necesariamente ningún recelo, pues en este último supuesto, que no es consecuencia de un previo encargo, tampoco necesariamente ha de ser para revender y ahorrarse los gastos de una segunda transmisión, como dice DE CASTRO, «es posible utilizar la cláusula de reserva para, que produciéndose los efectos contractuales entre promitente y designado, eximirse el estipulante de responsabilidad por los vicios de la cosa vendida y del riesgo de insolvencia. Además es posible que el promitente ponga sencillamente ese poder en manos del estipulante» (112).

ESTHER MUÑIZ ESPADA
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Valladolid

(111) Dice ANTONES VÁRELA, *Das obrigações em geral*, cit., pág. 440, núm. 2.

(112) DE CASTRO, *Contrato por persona a designar*, cit., pág. 1379.