

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

DR. D. IGNACIO SERRANO Y SERRANO

CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL

El contrato a favor de persona
por designar hasta la primera
mitad del siglo XIX

DISCURSO DE APERTURA DE CURSO DE 1956-1957

VALLADOLID

1956



EL CONTRATO A FAVOR DE PERSONA POR
DESIGNAR HASTA LA PRIMERA MITAD DEL
SIGLO XIX

(Discurso de apertura de curso)

Disc. Apert. UVA 56/57 BiCe



UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

DR. D. IGNACIO SERRANO Y SERRANO

CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL



El contrato a favor de persona por designar hasta la primera mitad del siglo XIX

(Discurso de apertura de curso 1956-57)



VALLADOLID

1956

Talleres Tipográficos de la Editorial SEVER-CUESTA.—Valladolid

*Magnífico y Excelentísimo Señor Rector,
Excelentísimos Señores,
Ilustrísimos Señores,
Señoras y Señores:*

Cuando en 1942 se publica el Código civil italiano, para muchos, para mí, entre ellos, representó un tema sugestivo y moderno el del contrato a favor de persona por designar que aparecía, por primera vez, regulado en un cuerpo de derecho sustantivo civil, al ser recogido en el libro de las Obligaciones en los artículos 1.401 al 1.405. Mas en cuanto se asoma cualquier investigador al tema propuesto, en seguida se convence de que tal modalidad de contrato es muy antigua y ha sido históricamente quizá tan elaborada como pueda serlo, aunque con técnica actual, por los escritores modernos. Este discurso se va a centrar, preferentemente, en la exposición del origen, aplicaciones, modo de empleo y explicaciones de su naturaleza jurídica en la época histórica, hasta la primera mitad del siglo XIX, dejando para ulterior elaboración el estudio del tema en el derecho moderno. Aparte otras consideraciones, lo exigía también así las proporciones que cabe dar a un discurso de la naturaleza del presente.

I. Concepto.

1. *Definiciones de los italianos Tartufari y Vignali.*
2. *Las dos modalidades en que se presenta el contrato a favor de persona por designar.*
3. *Complejidad del mismo.*

1. Una forma especial de estipulación que, a un mismo tiempo, participa de las que se hacen en nombre propio y de las que se llevan a cabo en nombre de otro, existe cuando uno de los contratantes declara actuar por cuenta de otra persona, de la que, por el momento, calla el nombre, reservándose el revelarlo más tarde y normalmente dentro de cierto término establecido de común acuerdo (1).

Pero la anterior definición no comprende, totalmente, la complejidad de esta figura jurídica porque no toma en cuenta el supuesto de que el primitivo contratante que se reservó el derecho de hacer la designación del verdadero contratante, no lleve a cabo esta declaración, o la haga irregularmente, o, incluso que hecha bien y tempestivamente, no sea aceptada por el designado. Por ello y aunque se toma en ella partido por una construcción jurídica determinada que, aun siendo la más extensa no

(1) TARTUFARI, *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti in Diritto civile e commerciale*. Turín 1892, páginas 363 y siguientes.

es pacíficamente admitida, damos a continuación la explicación del italiano Vignali (2): «tampoco está prohibido, en la actualidad, incluso en el derecho común, que quien tiene la capacidad de contratar, estipule para un tercero, con la reserva de designarlo y prometiendo su ratificación. Pero si la designación y la ratificación llegan a faltar, el negocio permanece concluído por aquél que hizo la oferta; sin embargo, si se producen la designación y la ratificación, resulta eficaz el contrato para el tercero designado, y con efectos desde la fecha del mismo contrato, presumiéndose la preexistencia de un mandato de adquirir conferido por la persona designada en favor del declarante» (3) y (4).

(2) VIGNALI, *Le tasse di registro nella teoria e nel Diritto positivo italiano*. 2.^a edición 1908, tomo II, página 8 y siguientes.

(3) La venta con reserva de elegir *command* es una venta en que el comprador, contratando en su nombre, deja sentir que quizá no compre para él y se reserva dar a conocer, en un plazo convenido, la persona para la cual ha comprado. Tal reserva hace suponer que el comprador ha sido encargado de comprar para una persona que no quiere todavía darse a conocer, cuyo mandato no se exterioriza, pero a la cual pasará su contrato y será considerada como directa compradora del vendedor.

Un comprador que hubiera comprado pura y simplemente, sin duda que podría ceder más tarde a otro la cosa comprada. Pero entonces habría nueva venta y además que esta nueva venta daría lugar a un nuevo derecho de cambio (impuesto de derechos reales), pues que habiendo descansado la propiedad en cabeza del comprador, habrán podido adquirir, de éste, derechos los terceros, sobre la cosa vendida, que no llegaría libre al segundo comprador.

A fin de evitar estas consecuencias el que compra en su nombre, pero para otra persona puede, si el vendedor consiente en ello, reservarse el derecho de hacer conocer más tarde la persona de la que será tenido como mandatario. Es lo que se llama reserva de elección de *command*. El contrato se resume así: el comprador dice al vendedor, compro para mí o para una persona que me reservo dar a conocer más tarde, para la cual se entenderá que he contratado y a la cual se considerará que habéis vendido directamente.

Este supuesto mandato que, a menudo, no es más que una ficción

2. La designación de la persona favorecida, con la adquisición, puede tener lugar en virtud de un previo encargo, o por la libre designación del que se reservó esta facultad. Ello da lugar a dos hipótesis distintas que tendrán su reflejo en el estudio que va a seguir.

3. La eliminación del comprador que adquirió con la reserva, de suerte que no se le considere adquirente en ningún momento y la entrada como adquirente, con efectos retroactivos y directamente de manos del vendedor, son quizá los dos problemas más arduos que plantea esta figura jurídica, de la que se ha dicho (5) que constituye una convención sui generis de la que es difícil precisar la naturaleza jurídica en sus relaciones con los principios generales del derecho, por lo que chocan las vagas explicaciones que los autores dan en este punto.

que hace considerar que el comprador ha recibido orden o encargo de comprar se llama *command*.

La reserva de elegir *command* tiene por complemento necesario la declaración de *command*, es decir la declaración de la persona para la cual ha comprado, dentro del plazo convenido. Si no hiciera esta declaración, o si no la hiciera tal y como debe hacerla, entonces el mismo sería considerado como comprador. Texto el anterior de BAUDRY LACANTINERIE et SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de Droit civil. — De la vente et de l'échange*. Tercera edición, Paris 1908, páginas 167 y siguientes. número 172.

(4) BUTTGEBACH, *Les contrats par porte fort et les déclarations de command en Droit civil et en Droit fiscal*. Lieja 1935, página 146, número 85. Este autor al definir la declaración de *command* reproduce la del autor belga GOTHOT (*Cours de Droit d'enregistrement*. Tomo I, página 207) que dice: «Se llama reserva de elegir *command* la cláusula de una venta por la cual el comprador se reserva la facultad de designar ulteriormente, en un plazo fijado, a una tercera persona, desconocida, actualmente del vendedor, que tomará como suya la adquisición, de tal suerte que el comprador será considerado como no habiendo sido adquirente para él, sino en nombre y por cuenta de esta tercera persona».

(5) *Pandectes belges*. Tomo XX, voz *Command*.

II. Terminología.

4. *Emptio pro amico electo aut eligendo.* 5. *Déclaration de command.* 6. *Promesse de vente pour soi ou pour son nommable.* 7. *Kauf mit Aufgabe des Käufers vorbehalten.* 8. *Contrato por persona a nombrar.* 9. *Remate a calidad de ceder a un tercero.* 10. *Promitente, estipulante o eligente y electo o eligendo.*

4. Favre, reputado práctico, autor de las líneas más acertadas sobre el origen y naturaleza de la institución (6) dice: «...receptum est, ut quisquis sibi emere potest, possit etiam alii adeoque incertae personae, amico scilicet, ut vocant, aut electo aut eligendo».

De aquí que este contrato se conozca como *emptio pro amico electo aut eligendo*, o como contrato con reserva de elección de amigo. Con lo que los tres elementos personales que intervienen, o pueden intervenir, son: vendedor, eligente y electo; mas este electo puede serlo desde el principio mismo de la celebración del contrato, cuando el comprador eligente (es decir, el que se reservó la facultad de designar al definitivo contratante), tenía encargo de producirse en la forma que lo lleva a cabo, en cuyo caso es propiamente electo y puede también serlo en virtud de la libre designación del eligente, en cuyo caso, más bien, es primero eligendo y una vez llevada a cabo la elección, electo, también.

(6) *Codex definitionum*. Edición 1645, libro IV, título 34, def. I (está admitido que cualquiera que pueda comprar para sí, pueda también hacerlo para otro e incluso para persona incierta, es decir para un amigo, como dicen, o ya elegido o por elegir).

5. En los derechos francés y belga es uniforme la designación como, *vente avec declaration de command*, que podríamos traducir como, venta con declaración de mandato, con lo que, terminológicamente, se suman a la interpretación tradicional y más extendida de la institución. «Este supuesto mandato, dicen Baudry-Lacantinerie et Saignat (7) que, a menudo, no es más que una ficción que hace considerar que el comprador ha recibido orden o encargo de comprar: se llama *command* al que ha dado la orden y *commandé* al que la ha recibido» (8) y (9).

6. En Suiza la institución ha evolucionado, pues comenzó aplicándose, especialmente en la Suiza francesa, al contrato de compraventa, pero a partir del siglo XIX se fué aplicando más y más, cada vez, a la promesa de venta, a la que, únicamente, se refiere en la actualidad. La explicación de la naturaleza jurídica de la institución, en este país, se refleja en su pristina terminología, en la que al eligiendo se le llamó, primero, *compagnon* (en el siglo XVI) y después (siglos XVIII y XIX) *consort*, para llegar a una aproximación de léxico, en la actualidad (siglos XIX y XX), con la expresión, *promesse de vente pour soi ou pour*

(7) Loc. cit. en la nota (3).

(8) Para FLANDIN (*De la transcription en matière hypothécaire*. Tomo I, París 1861, página 84) la palabra *command* no viene del francés *commander*, sino del latín *comandare*, cuya radical *mandare*, significa precisamente dar un encargo.

(9) Se designaba la operación con la voz *command* en las costumbres de Flandes, Cambresis, Amiens, Beronne y otras dice MERLIN en su *Repertoire universel et raisonné de jurisprudence*. Tomo III, voz *Command*. Y ENRIETTI (*Il contratto per persona da nominare*. Turín, sin fecha, página 6), afirma que en Auvernia era frecuente la expresión «*pour soi ou son mieux*».

son nommable (10), a la tradicional de pro amico eligendo.

7. En Alemania existe la Kauf mit Aufgabe des Käufers vorbehalten (compra con reserva de la expresión del comprador) que, aunque parecida a la institución que estudiamos, sin embargo, presenta diferencias (11).

8. En Italia se usan las expresiones, dichiarazione di commando (12), contrato por persona a declarar (13) y

(10) CFR. REYMOND, *La promesse de vente pour soi ou pour son nommable*. Lausanne 1945, páginas 72 y 96; GUY FLATTET, *Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français*. París 1950, página 286.

(11) En el artículo 95 del Código de comercio alemán se dice que «la parte que acepta una nota de contrato en la que el mediador se haya reservado indicar la otra parte, queda vinculada al negocio con la parte que le es indicada inmediatamente, a menos que, contra ella, se puedan sostener fundadas excepciones. La indicación de la otra parte debe hacerse en el término fijado en el uso local; a falta de tal uso debe hacerse dentro de un término adecuado, según las circunstancias. Si no se hace la indicación o bien se pueden plantear fundadas excepciones contra la persona o firma indicadas, la parte tiene el derecho de pretender el cumplimiento por el mediador. Se excluye el derecho cuando la parte requerida por el mediador que declare si pretende el cumplimiento, no contesta inmediatamente». CFR. también ENRIETTI, loc. citada, páginas 228 y siguientes.

(12) Por ejemplo DI MANZO, *La dichiarazione di commando nel Codice di procedura civile e nella legge di Registro*, en «Notariato italiano», 1939; BRUGI, *Dichiarazione di commando e tassa di Registro*, en «Rivista di diritto commerciale», 1906, II; CAPPELLOTTO, *La dichiarazione di commando*, en *Diritto e pratica tributaria*, 1928; y en el Digesto italiano, trata CAPOQUADRI la palabra «dichiarazione di commando».

(13) LORDI, *Responsabilità di chi contratta per persona da dichiarare*, en «Rivista di diritto civile e commerciale», 1938, II; SCISCA, *I contratti per persona da dichiarare*, Milán 1939; STOLFI, *La conclusione dei contratti per persona da dichiarare*, en «Rivista di diritto civile», 1926; BENETTINI, *La responsabilità agli effetti del Registro di chi contratta per persona da dichiarare*, en «Diritto e

contrato por persona a nombrar (14) que es la que ha prevalecido en la rúbrica del capítulo VII, del título II, del libro IV del vigente Código italiano (Del contratto per persona da nominare). En sentir de Enrietti es preferible la designación del Código civil porque la fórmula, por persona a declarar, parece argüir una naturaleza declarativa de la electio que está muy lejos de ser característica general a todos los supuestos que la institución comprende (15).

En Portugal (16) se emplea la misma fórmula que ha prevalecido en Italia (Compra e venda para pessoa a nomear).

9. En España ha sido poco estudiada esta institución, aunque, como veremos, Salgado de Somoza sea una

pratica tributaria», 1939; DE DOMINICIS, *Il cosi detto contratto per persona da dichiarare*, en «Il Foro della Lombardia», 1937.

(14) Por ejemplo el libro citado de ENRIETTI; GIANNATTASIO, *L'opzione per persona da nominare*, en «Giurisprudenza completa Cassazione civile», 1947, III; GIOVENE, *Del contratto per persona da nominare*, en el «Comentario de D'Amelio», Florencia 1948; PUGLIATTI, *Contratto per persona da nominare e tassa di Registro*, en «Rivista di diritto finanziario e Scienze delle finanze», 1940, II.

(15) ENRIETTI, loc. cit., página 6. Y en la Relazione al Re que precedió al libro de las *Obligaciones del vigente Código civil italiano* se lee: «En la práctica la reserva de designación de contratante no se funda siempre en un encargo anterior; de hecho no es raro el caso en que se contrata por persona por designar, sin tener la certeza de poder transferir a otro los derechos que se adquieren y las obligaciones que se asumen. A esta práctica se refiere el artículo 241 párrafo 2 (hoy el 1402) disponiendo que la designación del contratante puede ser legítimada por una simple aceptación del negocio por parte de la persona designada, además de, también, por la exhibición de un mandato anterior».

(16) DA CUNHA GONÇALVES, *Da compra venda no direito comercial portugues*. Segunda edición, Coimbra 1924, páginas 379 y siguientes.

fuerza muy estimable de conocimiento de la misma. Pero lo cierto es que, modernamente, sólo muy pocos se han ocupado de ella, sin pretensiones terminológicas, aunque existe una, castizamente española, en el remate a calidad de ceder a un tercero de que nos hablan algunas de nuestras leyes (17) y (18).

10. El innegable parecido que la institución guarda con el contrato a favor de tercero ha hecho que se halle muy extendida la aplicación terminológica de *promittens* al vendedor, *stipulans* al comprador con reserva de elección; no usándose, en cambio, el nombre de tercero o beneficiario que prevalece en los contratos a favor de tercero, pues aquí se usan con preferencia las expresiones, amigo, electo, *commandé*, designado, siendo esta última quizá la menos usada, aunque actualmente la ampare el haberla empleado De Castro (19).

(17) DE BUEN en sus notas a la traducción española del *Derecho civil* de COLIN y CAPITANT, Madrid 1952, tomo IV, páginas 69 y siguientes, se ocupa de la institución sin decir nada a propósito de terminología, pues parece aceptar la del texto francés que comenta.

DE CASTRO ha escrito una fina nota crítica al libro de ENRIETTI, ya citado. En el «Anuario de Derecho civil». 1925, páginas 1369 y siguientes, pero por esto mismo intitula su trabajo «Contrato por persona a designar». VALCÁRCEL en la «Revista de Derecho procesal», estudia el remate a calidad de ceder a un tercero, la venta con reserva de elección de amigo o comprador en la ley de Enjuiciamiento civil. Tomo VI, fasc. 1, pág. 238.

(18) Ver artículo 1499, párrafo 2 de la ley de Enjuiciamiento civil.

(19) Ver trabajo citado en nota (17).

III. El Derecho romano no conocía esta institución.

11. *Así lo asegura el Presidente Favre.* 12. *Dificultad de los romanos para admitir la representación.* 13. *Stipulationes inútiles por la incertidumbre de la relación.* 14. *La stipulatio mihi aut cui volam.* 15. *Posibilidad para ciertas personas de dar otro nombre en los contratos.*

11. Favre nos dice que no hay, en Derecho romano, un contrato que se parezca al de por persona a designar: *Nulla enim sane hujus juris vestigia exstant in libris nostris: ideoque multi abutuntur hoc titulo qui est in codice, quasi ejus sensus sit valere emptionem, sive quis sibi, sive alii emerit; cum e contrario leges omnes tituli probant sibi quidem posse quem emere etiam ex aliena pecunia, sed alii non posse* (20).

12. Es un lugar común hablar de la repugnancia que los romanos sentían hacia la indeterminación personal de las relaciones jurídicas, que fué llevada a tales términos que, incluso la representación tuvo que abrirse paso trabajosamente, pues las fórmulas prohibitivas de la

(20) CODEX FABRIANUS, *Si quis alteri vel sibi*, libro IV, tít. 34, def. I, número 2: «Pues absolutamente ningún vestigio de este derecho existe en nuestros libros; por lo que muchos abusan de este título del Código, como si su sentido fuera que vale la compra, ya comprare alguno para sí, ya para otro; cuando por el contrario todas las leyes del título prueban que ciertamente alguno puede comprar para sí incluso con dinero ajeno, pero que no puede comprar para otro».

CFR. MERLIN, *Repertoire*, citado, tomo 18, voz Vente, páginas 483 y siguientes; DALLOZ, *Repertoire methodique et alphabetique de legislation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil*. Tomo 43, París 1856, voz Vente, número 214.

contratación en favor de terceros, excluían, también, la representación (21): Per extraneam personam nihil adquiri, nos dirá Gayo (II, 95, Inst. II, 9, 5) quien, en otro lugar, repetirá: «nemo alteri stipulari potest» (III, 103, D. 45, 1, 38, 17; D. 50, 17, 73, 4).

13. La incertidumbre de la relación jurídica, en un supuesto algo semejante al contrato que nos hemos propuesto estudiar, aparece en D. 45, 3, 10 que dice: Sed et si ita stipuletur: Titio decem, aut Maevio fundum dare spondes?, quia incertum est, utri eorum adquisierit actionem, idcirco inutilis stipulatio existimanda est (22). Y lo mismo se decide en D. 45, 3, 9, 1 y D. 45, 3, 21 donde se trata de la estipulación llevada a cabo por un esclavo común a dos señores, cuyo objeto fuera dar a uno o a otro diferente prestación y, bajo la autoridad de Juliano, se declara nula (inutilem) la estipulación, precisamente por la incertidumbre de la relación (23).

14. Pero hay más en el derecho romano, porque podemos hacer referencia a la estipulación hecha para mí o para el que quiera más tarde (mihí aut cui volam), cuya estipulación era válida, pero con eficacia, según afirma Pacchioni (24), meramente obligatoria, que concedía al

(21) La representación tuvo que irse admitiendo en casos particulares antes de que el fenómeno representativo se tomara como supuesto normal: Cfr. POPESCO RAMNICEANO. *De la representation dans les actes juridiques en droit comparé*. París 1927.

(22) El pasaje procede de Juliano y quiere decir: Pero si se estipula así: Prometes dar a Ticio diez o el fundo a Maevio? Porque es incierto cual de ellos hubiere adquirido la acción, por eso la estipulación hay que juzgarla inútil.

(23) Y un supuesto análogo a los dos pasajes citados lo encontramos en D. 45, 3, 11.

(24) *Contratti a favore dei terzi*. Padua 1933, página 220.

contratante acción personal contra el estipulante para forzarle a que efectuara el pago al tercero, una vez hecha la indicación del mismo. Mas este supuesto no es el del contrato por persona a designar, porque, como veremos, el estipulante, después de la designación, queda aún obligado, mientras que en el contrato a favor de persona por designar, el estipulante, una vez hecha la designación, desaparece del contrato y se le considera como si nunca hubiera sido parte en el contrato.

15. Y todavía, en el fecundísimo derecho romano, encontramos la hipótesis de hacer figurar un nombre distinto del suyo en la adquisición, posibilidad que era atribuida a ciertas personas de elevada condición social, o a mujeres, bien por razón del negocio llevado a cabo, bien porque tales personas no soportaban que sus nombres fueran inscritos en los documentos (*solent honestiores non pati nomina sua instrumentis inscribi*) (25), por lo que, no con mala fe, sino sencillamente, hacían poner un

(25) C. VIII, 38, 14, pr. «*In multis etenim contractibus et maxime in foene ratitis cautionibus, forte propter personas dignitate excelsa, vel mulieres, quasi naturalis pudor, non omnibus perperam sese manifestare concedi*». (Sin embargo en muchos contratos y principalmente en las fianzas feneraticias, quizá por tratarse de personas de dignidad excelsa o de mujeres por el pudor natural, pero no a todos se concede el manifestarse enmascaradamente).

D. 28, 8, 5, 4. «*Sane si ipse quidem emit palam, dedit autem nomen non mala fide sed simpliciter, ut solent honestiores non pati nomina sua instrumentis inscribi, valet emptio: quod si callide idem erit ac si per inter positam personam emisset*». (En efecto la compra vale si, por cierto, el mismo compró ostensiblemente, pero dió un nombre no con mala fe sino sencillamente como acostumbran los más honorables que no soportan que sus nombres sean inscritos en los documentos; lo cual sería lo mismo que si astutamente hubiese comprado por persona interpuesta).

nombre distinto en el contrato, lo cual nada tiene que ver con la interposición de persona, sino solamente toma en consideración el caso del adquirente que, por razones de oportunidad, no da a conocer el nombre propio, sustituyéndolo por otro, es lo que dice C. IV, 50, 6: *Quod si tu quidem emisti, et tibi tradita est possessio, tantum autem nomen uxoris quondam tuae instrumento inscriptum est, res gesta potior quam scriptura habetur* (26) y (27).

Por lo que tampoco se puede ver la existencia de una analogía entre estos supuestos de hacer figurar en el documento un nombre distinto del real, con el contrato por persona a designar, mucho más complejo que aquél. No obstante es curioso observar que los pasajes últimamente citados, en especial D. 26, 8, 5, 4 fueron tenidos a la vista por el Presidente Favre cuando nos explica las razones de la introducción del contrato por persona a designar (28).

(26) Que si tú ciertamente compraste y te fué entregada la posesión, pero solamente se inscribió el nombre de tu esposa en el oportuno documento, prevalece la cosa llevada a cabo mejor que la escritura.

(27) Sostiene la similitud de este supuesto con la reserva de elección de amigo EHRENZWEIG, *Die sogennenten zweigliedrigen Verträge*. Viena 1895, página 12.

(28) En el *Codex Fabrianus*, loc. cit. en la nota (20) se lee: «*Quod non facile honesti plerique viri ad emptionem accedentes nomina sua publicis ejusmodi actis inseri patiantur*». Se observa que hasta en el empleo de los términos el autor citado ha tenido en cuenta el pasaje del derecho romano donde se da la misma razón, si bien para otros fines.

IV. Origen del contrato por persona a designar.

16. *Origen en Italia y Francia.* 17. *En Italia es conocido en el siglo XV.* 18. *En Francia en el XIV y de aquí pasa más tarde a Holanda.* 19. *Reglamentación de 1616 para el Cantón suizo de Vaud.*

16. Dice Coviello (29) que esta figura jurídica nació en las costumbres francesas, pero aunque es cierto que este contrato tuvo, en tales textos legales, una muy extensa difusión, no es posible asegurar este origen con absoluta seguridad. Quizá fuera más exacto decir que nació en Italia y en Francia, con finalidades distintas en cada país, pues mientras en Francia la doctrina se polariza en buscar un medio de luchar contra la tributación feudal, en Italia se perseguían, también, y quizá con preferencia finalidades de tipo de derecho mercantil.

17. Lo cierto es que ya Baldo de Ubaldis conoció la figura que estudiamos, como lo demuestra el pasaje siguiente de un comentario a D. 50, 2, 14, 1: *Promittis mihi recipienti pro eo quem declarabo? si neminem declaro presumar recepisse per me et heredibus meis* (30). Y tuvo difusión ya en el siglo XV en Florencia, conforme asegura Socino de Siena (31) y también entre los genoveses

(29) Cfr. *Della trascrizione*. Vol. II, Nápoles 1899, página 108, número 260.

(30) Me prometes a mí aceptante por aquel que declaré?; si no designo a nadie se presumirá haber aceptado para mí y mis herederos.

(31) Cfr. MANTECA, *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*. Roma 1610, libro IV, título XXII, números 9-16, de quien procede la cita de SOCINO DE SIENA.

y en general entre los comerciantes italianos (32) lo que obliga a considerar la institución incluso a autores de países que no la usaban, pero podían verse implicados en juicios especialmente universales de quiebras de comerciantes italianos (33).

18. En Francia, al decir de Juan Favre, este contrato remonta al siglo xiv (34) y se extiende por la Saboya, Auvernia, Flandes (35), París, etc., y recibe su consagración con los estudios realizados sobre el mismo por Dumoulin (36) y por Favre (37), habiendo pasado también a Holanda (38).

19. Como es sabido la influencia doctrinal de Favre fué muy grande en Suiza, lo cual sirvió de ayuda a la difusión del contrato que estudiamos, aunque en este país la fundamentación del mismo diverge de la que se da en Francia. Ya en 1616 el Cantón de Berna publica la ley y

(32) «Haec notare potest quae possent in concursus iudiclis quandoque accidere maxime formatis per exteros genuenses et italos mercatores apud quos magis frequentatur hoc contractus genus». SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthus creditorum concurrentium*. I, pars II, capítulo XIII, números 49-50.

(33) Cfr. DE CASTRO, loc. cit. en nota (17), explica que SALGADO DE SOMOZA se ocupa del contrato pro «amico electo aut» eligiendo no porque fuese corriente en España, sino porque podían súbditos españoles verse envueltos en juicios de quiebras de comerciantes italianos, entre los cuales esta manera de contratar es muy frecuente.

(34) Citado por MERLIN, *Repertoire*, citado, voz Vente.

(35) Cfr. AUTEXIER, *Les droits feodaux et les droits seigneuriaux en Poitou de 1559 a 1789*, tesis de POITIERS, 1946.

(36) DUMOULIN, *Comentarius in priores titulos antiquae consuetudine parisiensis*. Tit I, De Feudis.

(37) FAVRE, loc. cit.

(38) Cfr. VOET, *Commentarius ad Pandectas* Libro 18, título I, paragr. 8: «Si quis rem emat pro eo quem postea nominaturus est... quod et moribus frequens est».

Estatutos del país de Vaud, en la cual la ley II, título XII, parágrafo 4 se refiere a la regulación del contrato pour soi et son nommable, que después evoluciona hacia la figura de la promesa de venta pour soi et son nommable (39).

V. Causas del origen de esta forma de contratar.

20. *Pudor de acudir a las subastas.* 21. *Temor de no llegar a rematar.* 22. *Ocultación de la categoría o riqueza personales para evitar altos precios.* 23. *Evitación del pago de un segundo tributo.* 24. *Defraudación a los propios acreedores.* 25. *Pactos de non licitando.* 26. *Reflejo sobre los problemas de vinculaciones o troncalidad.* 27. *Evitación de responsabilidad por vicios de la cosa vendida.* 28. *Fácil armonización del contrato estudiado con los de promesa.* 29. *La opción mediatoria.* 30. *La especulación de terrenos.*

20. Fueron varias y en verdad que muy diversas las causas del origen de esta manera de contratar, pues la institución se prestaba a obtener de ella diferentes finalidades, aunque algunas influyen más que otras, como veremos.

Es clásico, en el tratamiento del contrato con reserva de elección de amigo, citar a Favre (40) el cual da como

(39) Cfr. REYMOND, loc. cit., página 13.

(40) *Codex Fabrianus*, loc. cit.: «Cujus inducendi juris ratio ex his primum venditionibus originem habuisse videtur, quae publicae sub hasta fiunt, propterea quod non facile honesti plerique viri ad emptionem accedentes nomina sua publicis ejusmodi actis inseri patiantur, veriti ne ambitiosum id aut invidiosum existimeretur, malintque per alios rem agere ex quorum persona non minus juris habituri sint quam si illi ipsi comparassent. Postea vero ad privatas quoque venditiones id jus tractum est, usque apud nos frequentissime comprobatum».

explicación una parecida a la que veíamos adoptada por el derecho romano para los supuestos en que se hacía figurar otro nombre que el real (41): «Precisamente porque muchos varones honorables acudían a la subasta y remataban en ella no soportaban fácilmente que sus nombres se inscribieran en el documento o acta de subasta, temiendo ser tenidos por ambiciosos o envidiosos, por cuya razón prefieren actuar por medio de otro, a través de cuya persona adquieren tan plenamente el derecho, como si ellos mismos, por sí, hubiesen comprado. Después este derecho fué aplicado a las ventas privadas y este uso se comprueba frecuentísimamente entre nosotros».

Esta explicación del Presidente Favre podemos comprenderla perfectamente, hoy día, sin necesidad de hacer ningún esfuerzo de imaginación para trasladarnos a la época en que esta razón se escribía, porque sabemos cómo son mirados con recelo y desconfianza los actuales habituales de las subastas públicas.

21. Pero esta explicación se completa con la que da Merlin (42) y que igualmente es lógica y comprensible, aun para nosotros. Seguramente a esos «*pleri viri honesti*», de que habla Favre, lo que les ocurriría, también, para no acudir a las subastas era el temor a no tener el valor suficiente de pujar en la subasta hasta lograr el remate. Este argumento, probablemente, tuviera más influencia en la época de iniciación de esta forma de contratar que en la actualidad, dados los sentimientos del honor y de la caballería que entonces imperaban.

(41) D. 28, 8, 5, 4. Ver anteriormente.

(42) *Repertoire* cit. voz *Vente*.

22. Otra razón de la admisión de esta figura jurídica nos la da Salgado de Somoza (43), aunque su valor psicológico innegable cobra mayor vigor cuando se le pone en relación con otras consideraciones menos elevadas. Después de decir que el contrato pro amico electo aut eligendo es de interés incluso en España, por la posibilidad de verse envueltos en juicios universales que afecten a genoveses o italianos, añade que esta manera de proceder es adoptada por aquellos que huyen principalmente de manifestar su opulencia y más bien tratan de ocultarla por algún oficio regio que tienen y afectan pobreza y es un contrato en sí lícito y permitido por el derecho (alio extrinseco dolo cessante) y frecuente.

Esta manera de producirse algunos, de evitar el que se vea su opulencia puede tener un sentido interesado, cual es el de evitar, lo que, frecuentemente ocurre entre vendedores que, cuando es conocida la riqueza del comprador, inevitablemente, piden un precio más alto que si su contraparte fuese persona de pocas fuerzas económicas (44) y (45).

(43) *Labyrinthus*, citado, I, pars II, capítulo XIII, números 49-50: «Maxime eos qui efugiunt opulentiam suam manifestare, imo certant occultare propter illiquod regium munus quod exercent et in reddenda ratione paupertatem affectant et est contractus in se (alio extrinseco dolo cessante) licitus et a jure permissus: et frequens».

(44) DUFRESNE, citado por MERLIN, en su comentario al artículo 259 de la *Costumbre de Amiens*, dice ...como el command no puede rehusar el tomarla según su declaración, porque la palabra «sí» (se refiere a la fórmula «pour soi et pour son command») ha sido puesta para quitar la envidia que pudiera surgir contra el command si fuera conocido y evitar la ocasión de hacérsela subir la cosa al precio más alto.

(45) Un ejemplo de esto en la sentencia de la Corte de Casación de Roma de 24 de abril 1904 (Cfr. en «Riv. de diritto commerciale», 1906, tomo II, páginas 396 y siguientes, con nota del profesor BIAGIO BRUGI) donde el amigo designado era nada menos que la Banca commerciale italiana, de Milán, que indudablemente prefirió mantenerse oculta en un principio para evitar la ambición del vendedor.

23. Pero el motor de la extensión y aceptación de esta figura jurídica está en el afán de eludir el pago de los tributos señoriales. Porque todo el esfuerzo de los comentaristas va dirigido a mostrar cómo, contratando de este modo no hay más que una única transferencia, que el amigo designado se considera que es adquirente directamente del vendedor, considerándose que el eligente nunca ha contratado ni adquirido. La consecuencia era clara; como los derechos señoriales gravaban las transferencias de propiedad, laudemios, quint, relief, etc., si no había más que una transferencia, sólo se debía un tributo. En este orden de ideas los autores de los siglos medios y modernos no reconocieron límite, llegando el práctico Favre (46) a decir que este uso era contrario a los verdaderos principios (contra rationem juris), siendo curiosos los esfuerzos de los feudistas para aliviar del pago de dos impuestos de transferencia. Prueba de esto la encontramos en Dumoulin (47) el cual exigía para que hubiera lugar a apreciar la existencia de una declaration de command que el adquirente mostrara, por documento auténtico, o de otra manera, la existencia del mandato o encargo de adquirir. Pero esta otra manera, fué entendida con mucha generosidad, pues bastaba con designar al command inmediatamente, rebus integris, o en tiempo posterior, pero breve, diciendo: «Juzgó lo contrario, porque esta nueva transferencia produce resolución de la primera por causa antigua y necesaria. Y la adquisición

(46) Citado por MERLIN en su citado *Repertoire*, voz Vente.

(47) Op. cit. en nota (36). «Contrarium puto quia ista nova mutatio est resolutio primae ex causa antiqua et necessaria. Et acquisitio quam fecit dictus procurator, licet illam fecerit sibi ipsi, inspecta subtilitate juris, tamen non fecit pro se, inspecto affectu et effectu sed pro mandatore ut patet tam per eventum quam per praecedens mandatum».

que hizo tal mandatario, aunque la hubiera hecho para sí mismo, habida cuenta de la sutilidad del derecho, no la hizo para sí, vistas la intención y el efecto, sino para el mandante, como resulta notorio, tanto por lo acaecido como por el mandato precedente». De esta suerte se echaba sobre el Señor feudal la carga de la prueba del fraude para que pudiera cobrar dos impuestos correspondientes a dos transferencias (48) y (49).

Esta razón de la frecuencia del contrato que estudiamos, aun hoy sigue existiendo, si bien tan limitada, por la presión fiscal que, actualmente, no goce de la extensión y aprecio de otras épocas.

24. También favoreció la extensión del contrato por persona a designar otra finalidad menos noble, pues se echó mano de él para defraudar a los propios acreedores, porque como señala Troplong (50) hecha la declaración y aceptada, los acreedores del commandé no tienen ninguna hipoteca (se refiere a las legales y a las judiciales) sobre el inmueble que ha sido objeto de la venta, de lo que pueden resultar graves abusos, pues se concibe fácilmente que un adquirente pueda especular sobre una facultad de elegir, hábilmente estipulada, en un contrato, para sustraer a

(48) Comp. FLATTET, op. cit., página 284.

(49) Un acta de notoriedad del Consejo de Artois de 19 de marzo 1727 dice: «Cuando alguien remata para sí o su command bienes inmuebles vendidos por decreto, licitación u otra venta judicial, en los Tribunales de Artois, inmediatamente después de hecha la declaración de command por el adjudicatario, en el tiempo reglamentario y aceptada por la persona en cuyo favor se hace, el command declarado se convierte en propietario y recibe tan realmente la propiedad de manos del vendedor que el adjudicatario no puede ser molestado sea por el precio, sea por los derechos señoriales, de suerte que la adjudicación, la declaración y su aceptación no son considerados sino como un único acto».

(50) *Des ventes*. París 1845, números 65 a 67.

sus acreedores hipotecarios una propiedad que había entrado en su dominio y que desearía conservarla franca y sin deuda (*franche et quitte*). Lo que también había sido dicho anteriormente por De Luca (51) que mantiene que el eligente ha de ser tenido por simple órgano o instrumento, con lo que el acto se considera convenido, desde el principio, directa e inmediatamente entre vendedor y designado, tanto al efecto de que el eligente permanezca liberado de todas las obligaciones derivadas del contrato que pasan al designado, cuanto también al de que los acreedores, de quien compra de esta manera, carezcan de derecho sobre los bienes así adquiridos.

25. También esta manera de contratar, sobre todo en las subastas, era propicia a varias suertes de combinaciones que venían a desvirtuar la eficacia atractiva que se la quiso dar en un principio. El deseo de no hacer subir la cantidad del remate, o, aun, otras combinaciones sospechosas de colusión entre licitadores podían llevar a pactos de non licitando (52), bien entre todos los posibles

(51) *Theatrum veritatis et justitiae*. Lib VII, pars. II^a, «Discursus» 29: «Habendus est pro simplicí organo seu instrumento, quo mediante actus ab initio directe ac immediate initus censeatur inter venditorem et nominatum, tam ad effectum ut nominans solutus remaneat ab omnibus obligationibus in contractum deductis. trans-euntibus in nominatum, quam etiam ad alterum ut ipsius ita ementis creditoribus nullum jus ad bona sic empta competat».

(52) «Podría decirse que el concepto de representación no repugna a que participando en la subasta como oferente (aunque anónimo) por medio de representante, se admita la posibilidad de que la voluntad manifestada por otro tenga eficacia para nosotros si no conseguimos obtener la aceptación de la propuesta presentada por nosotros mismos. Pero esta jurisprudencia conceptual no gozó nunca de mis simpatías si no se la conecta con la realidad de las subyacentes relaciones de la vida y no se juzga además del aspecto moral. Ahora bien, aquí no hablo de inmoral (porque no sería la palabra conveniente), sino de poco

licitadores, bien acudiendo uno a la subasta con encargo recibido de varias personas, o acudiendo por sí mismo y al propio tiempo en nombre de otro licitador al que se designaba como command. Todos estos convenios tuvieron que ir siendo sancionados con la privación del beneficio de no abonar más que un impuesto de transferencia (53), cuando no con penas propiamente tales (54).

correcto; nada se oculta a mis ojos (sic). Basta el hecho de que tal vez una subasta pública quede sin concurrentes, o quizá con un solo licitador para justificar que uno solo quiera desdoblarse, al menos en dos concurrentes en forma y condiciones diversas para poder conseguir así las ventajas y evitar los peligros inherentes a una subasta pública». BIAGIO BRUGI, nota a la sentencia de la Corte de casación de Roma de 24 abril 1906, en la «Riv. di Diritto commerciale» 1906, tomo II, páginas 396 y siguientes.

(53) El Consejo de Malinas en 22 noviembre 1566 estableció que nadie podía ser encargado de licitar por dos o más personas, ni licitar para sí, estando encargado de hacerlo para otro

En el *Repertorio* de HENRIOT DE PANSEY, voz «Election d'ami», se lee que si el Procurador obra en su propio interés al usar de la reserva y elige a un command que rechaza la designación y posteriormente el mismo Procurador designa a otro, no vale la explicación del mandato porque no se puede ser mandatario de dos personas con intereses contrapuestos.

DALLOZ, *Dictionnaire* citado, voz Enregistrement, número 2545, observa que fué discutido si era posible designar a un licitador no rematante haciendo constar que se llegó a admitir esta posibilidad

Pero BUTGENBACH, loc. cit., página 233 y siguientes, pone de relieve que esta combinación de designar un colicitante está sujeta a la doble imposición, aunque quizá la razón sea el no considerar a la licitación como venta a efectos fiscales.

Y en Italia el art. 58 del R. D. de 30 diciembre 1923, dispone que la «electio» a favor de un colicitante no ha de ser considerada como una verdadera y propia elección sino como un nuevo acto de transferencia. Sosteniendo ENRIETTI a este propósito (loc. cit., página 412) que la disposición citada ha quedado derogada por la fórmula usada por el artículo 1404 del Código civil italiano, según el cual no se pone esta limitación a la persona del colicitante.

(54) Véase nuestro artículo 539 del Código penal. Artículo 353 del Código penal italiano. Cfr. también nota de LORDI a sentencia de 15 marzo 1938 del Tribunal de casación, en «Rivista di Diritto commerciale» 1936, páginas 361 y siguientes.

26. El contrato que estudiamos puede también presentar interés y dar lugar a cuestiones prácticas muy interesantes desde el punto de vista de las vinculaciones o de la troncalidad, cuando el electo es un hijo designado, precisamente por su padre que logró la adjudicación con reserva de elegir command (55).

27. Señala como finalidades a lograr, con la electio, De Castro (56) la de evitar la responsabilidad del estipulante por los vicios de la cosa vendida, lo cual podría tener un especial interés en las ventas mercantiles en que la denuncia de ellos debe producirse en un plazo muy breve. No se olvide la posición de Messineo (57) de que el contrato con reserva de elección de amigo cumple funciones análogas a las de la comisión mercantil.

28. El contrato que estudiamos se adapta singularmente bien al de opción, por ser menos gravosa, para el promitente, la concesión de la reserva de elección de amigo cuando se trata de un contrato preparatorio que, aún, no es traslativo de propiedad. No es extraño, pues, que en Suiza francesa el contrato con la reserva de elección de amigo comenzara aplicándose a las ventas y por una evolución que señala Reymond (58) haya terminado aplicándose a las meras promesas de venta.

(55) Vide MERLIN el citado *Repertoire*, voz Command.

(56) Cfr. el trabajo citado del «Anuario de Derecho civil», 1952, página 1379.

(57) *Manuale di diritto civile e commerciale*. Séptima edición. Milán 1947, tomo II, páginas 468 y siguientes.

(58) Loc. cit., página 92. La evolución culminó a la mitad del siglo XIX y de institución del derecho del Cantón de Vand pasó a ser institución federal por la ley de 27 diciembre 1911.

29. Y cada vez se extiende más (59) la modalidad de la opción mediatoria que ha dado lugar a que el tema haya sido planteado recientemente por la doctrina en trabajos especializados (60).

30. En el recuento de todas las finalidades que han contribuído a difundir el empleo de la venta con reserva de elección de amigo, hemos de señalar, por último, que se hace, en la actualidad, un amplio uso de ella por los especuladores de terrenos que compran para revender en parcelas, a cuyo tráfico se adapta, particularmente bien, la modalidad contractual que estudiamos, aunque pueda, a veces, tratarse de una analogía más aparente que real (61).

(59) Un ejemplo de esta manera de proceder le tenemos en la siguiente cláusula: «Por la presente carta tenemos el gusto de conceder a usted o a la persona que usted designe, un derecho de opción para comprar la parcela que más adelante, en cuanto a extensión especificaremos, dentro de la finca de nuestra propiedad, denominada X. Esta opción se entiende única y exclusivamente para ser ejercitada en el caso de que sean ustedes adjudicatarios del plan de viviendas, destinado al alojamiento del personal norteamericano que ha de venir para el desarrollo del acuerdo hispano-norteamericano. Terminará esta opción el día 31 del próximo mes de mayo de 1955».

(60) CFR. AZZOLINA, *La mediazione en el tratado de Vasalli*. Turín 1943; PUGLIESE, *Il contratto di mediazione*. Roma 1933.

(61) CFR. DE CASTRO, loc. cit., página 1376, nota (20).

En la resolución del Tribunal económico administrativo central de 18 junio 1946 se narran los siguientes antecedentes de hecho: «Por documento privado otorgado en Murcia el 15 marzo 1943, en presencia de testigos, vendió don S. G. A. a don J. M.^a D. L. en precio de doscientas mil pesetas, una casa de la ciudad de Cartagena, gravada con una hipoteca de sesenta mil pesetas, reservándose el comprador las sesenta mil pesetas para pagar el capital de la hipoteca, y se expresa en el documento que el vendedor reconoce la obligación en que se halla de elevar a escritura pública el contrato cuando sea requerido para ello por el comprador y que a este último da el vendedor posesión de la cosa vendida. Por otro documento privado de fecha 17 de julio 1944, don J. M.^a D. L. vende la misma casa expresada a D. F. G. M. en precio de doscientas ochenta y cinco mil pesetas, fijándose todo el mes de



VI. Funcionamiento práctico del contrato.

31. *Explicación de Enrietti.* 32. *Explicaciones tradicionales.* 33. *Un solo contrato.* 34. *Adquisición directa de manos del vendedor.* 35. *El eligente como un nuncio.*

31. Según Enrietti (62) el funcionamiento práctico

agosto para firmar la escritura de compraventa y se reserva D. F. G. M. el derecho de hacer escritura a su nombre, o a favor de la persona que él designe; y por escritura pública otorgada en Cartagena el veintiocho de agosto de 1944 vende D. S. G. A. la misma finca mencionada a D. A. G. M. en precio de doscientas ochenta y cinco mil pesetas, con la hipoteca de sesenta mil, cantidad que se reserva el comprador para hacer efectivo el crédito hipotecario».

La verdadera reserva de elección de amigo está en el documento privado de 17 julio 1944, habiéndose transcrito la estipulación del de 15 de marzo 1943 para explicar que aprovechando la circunstancia de no haber transmitido la casa, por escritura pública D. S. G. A., aun no siendo ya el vendedor se le hace figurar en la escritura de venta para evitar un pago del impuesto.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 21 mayo 1948 se dan como antecedentes los siguientes: «En virtud de documento privado de fecha 23 marzo 1936 un propietario celebró con un curial un contrato con sujeción a los siguientes pactos: 1.º Que el primer propietario de la finca «La Gineta» vendía al segundo una porción de dicha finca que se señala en el plano unido a aquel contrato. Que el precio de la venta era el de sesenta mil pesetas, o sea a razón de tres céntimos el palmo cuadrado; 2.º Que del expresado precio de sesenta mil pesetas el comprador entregaría al vendedor en el acto de firmarse el contrato la cantidad de treinta mil pesetas quedando el resto aplazado y a pagar en la siguiente forma: el comprador gestionaría la parcelación y venta por parcelas del terreno que adquiriría, obligándose a poner en conocimiento del vendedor los contratos que al efecto celebrara para que fuera el propio vendedor quien otorgara las escrituras de venta a favor de los compradores que designara el comprador contratante. Del precio de cada una de dichas ventas el propietario recibiría el veinte por ciento para completar, con aquellas cantidades que fuera recibiendo las treinta mil pesetas aplazadas, y todas las escrituras que el propietario otorgara por indicación del comprador serían por cuenta y cargo de éste, que debería satisfacer los gastos e impuestos que las mismas ocasionaran.

(62) Loc. cit., páginas 36 y siguientes.

del contrato se resume en las siguientes facetas: a) La adjudicación se hacía a la persona que había hecho la oferta con la reserva de elección de amigo; b) con la designación del amigo los efectos del contrato venían a producirse, *ex tunc*, en cabeza del dicho amigo; c) esta retroactividad de la *electio* hacía que la adquisición del estipulante viniera a desaparecer, *ex tunc* y d) si no se hacía la *electio* o se hacía irregularmente, los efectos de la adquisición permanecían definitivamente en el adjudicatario estipulante.

32. Estas conclusiones, a que llega el autor citado, se encuentran avaladas por textos antiguos en los que claramente se establece la existencia de un único contrato cuando se lleva a cabo la *electio*, entre el vendedor y el electo. De tres maneras, principalmente (63), se explica este esquema negocial: se dice que hay una sola venta, a veces se habla de la directa adquisición que el electo hace al vendedor, expresada, en ocasiones, esta idea con la resolución de la primitiva venta y finalmente se acude a considerar al estipulante con reserva, como un mero *nuntius* del electo.

33. La sentencia de casación francesa de 27 Enero

(63) Como la elección debía llevarse a cabo pudiéramos decir que inmediatamente, o en un plazo muy breve, también se acudió a la idea de que los pactos complementarios llevados a cabo *in continentí* se incorporan al principal, formando con él una única unidad; cuyo principio, por una interpretación benévola, inspirada en el odio a los impuestos señoriales, se extendió a los pactos llevados a cabo no *in continentí*, sino en breve plazo. Cfr. en este sentido a POCQUET DE LIVONNIÈRE, citado por DUMOULIN, *De Feudis*: Si la declaración de *command* se hace *in continentí*, es considerada como una *contralettra* del contrato.

Y a esto mismo alude, como veremos, el *Codex Fabrianus*.

1808, recaída en un proceso muy sonado, en el que defendió a una de las partes el propio Merlin, autor fundamental para el estudio que llevamos a cabo, dice que cuando, en un contrato de adquisición de una finca, el comprador se ha reservado la designación, dentro de un año, de los commands para los cuales adquiriría, si hace la elección en las condiciones y plazos del contrato, esta elección subrogará al commandé en el lugar del commandataire y el primero será el único obligado frente al vendedor (64).

Y Favre nos dirá que los varones honorables que no soportan ver sus nombres en las actas de las subastas, prefieren actuar por medio de otros, a través de los cuales no han de adquirir menos derecho que si ellos mismos hubiesen comprado... de suerte que aunque no in continenti sino en tiempos distintos y por contrato separado se lleve a cabo la electio, se entiende que hay un solo contrato, una sola venta y en la condición de comprador se considera no tanto al que eligió, sino al que fué elegido (65).

Dumoulin (66) refiriéndose al supuesto de compra por Ticio, con reserva de designar amigo, que lo fué, posteriormente, Cayo, dice: «Y así no se juzga más que una efectiva mutación y transferencia del vendedor a Cayo».

(64) Cfr. DALLOZ, op. cit., voz Vente. Para una referencia in extenso de la pieza forense de MERLIN, consúltese su *Repertoire*, citado en la palabra Vente.

(65) «Malintque per alios rem agere ex quorum persona non minus juris habituri sint quam si illi ipsi comparassent... Ita ut licet, non in continenti, sed distinctis temporibus contractuque separato ea fiat electio, unus tamen contractus, una emptio esse intelligatur, emptorisque jure non tam qui elegit, quam qui electus est censeatur.

(66) *De Feudis*, paragr. 33, glosa II, número 23: «Et sic non censetur nisi una effectualis mutatio et translatio a venditore in Caium».

34. La adquisición por el electo, directamente, del vendedor es una idea muy reiterada. Foucault nos dirá que la declaración regular y válidamente aceptada tiene por efecto hacer considerar al command contratante directo (67).

Lo que también de modo elegante dirá en su tiempo De Luca (68), según el cual el acto o contrato se considera producido, desde el principio, directa e inmediatamente, entre el vendedor y el designado.

Salgado de Somoza (69) dice que el designado nada adquiere del estipulante sino más bien debe decirse que contrató directamente con el vendedor.

Un acta de notariadad del Consejo de Artois de 19 Marzo 1727 afirma que cuando alguien remata para sí o para su command bienes inmuebles vendidos por decreto, licitación u otra venta judicial, en los Tribunales de Artois, inmediatamente después de hecha la declaración de command por el adjudicatario, en el tiempo fijado por los reglamentos y aceptada por la persona en cuyo favor se hace, el command declarado se convierte en propietario y recibe, tan realmente, la propiedad de manos del vendedor...

35. Esta adquisición, directamente, de manos del vendedor, a veces, se explica echando mano del concepto de resolución, aplicable a la relación entre vendedor y comprador con reserva, pero de esto nos ocuparemos un poco más adelante, refiriéndonos ahora a la otra y última

(67) Loc. cit., página 62.

(68) *Theatrum*, cit. Disc. XXIX: «Actus ab initio directe ac immediate intus censeatur inter venditorem et nominatum».

(69) Loc. cit. números 42-43: «A quo (se refiere al stipulans) nominatus ni hil capit sed immediate contraxisse dicatur cum venditore».

explicación que se da a los efectos del contrato con reserva de elección de amigo, concibiendo al estipulante como un mero nuncio, aunque se empleen términos distintos, a veces, poco jurídicos (70).

Así vemos cómo De Luca (71) define al estipulante como simple órgano o instrumento, o bien para Salgado de Somoza (72) como mero ministro, designación también compartida por Cancer (73), quien, además, lo designa como mero ejecutor y Pothier (74) y Pocquet de Livonnière (75) dirán que la adquisición del electo es por el canal del estipulante.

(70) DE CASTRO, loc. cit. página 1373 y nota 9 en la misma página. Parece interpretar estos pasajes como expresivos de un mandato existente entre el amigo designado y el que lo designó. Sin embargo, y aun a pesar de que, como veremos, la explicación tradicional de los efectos de este contrato arguye la idea de mandato, no obstante los términos usados son expresivos, más bien, de la labor de un nuncio.

(71) Loc. cit., discurs. XXIX: «(Stipulans) habendus est pro simpliciter organo seu instrumento».

(72) Loc. cit. número 42-43 «Cum (stipulans) nudus minister in hoc contractu dumtaxat consideretur».

(73) *Variarum resolutionum*, I, VIII, 192: «Merus executor, nudus ministerium nominationis sibi reservasse».

(74) *Coutumes des Duché, Bailliage et Prevoté d'Orleans*, I, V. 1, número 145, par son canal et ministère.

(75) Par son canal. Ver referencia en nota (63).

VII. El problema de la exoneración del estipulante.

36. *El estipulante desaparece de la relación jurídica, una vez hecha la designación.* 37. *Dos problemas plantea esta eliminación.* 38. *Dificultades de adaptación al derecho civil de una teoría nacida en derecho fiscal feudal.* 39. *Favre y otros mantienen la vinculación del estipulante.* 40. *•Pero prevalece la doctrina de la exoneración del estipulante.* 41. *Tampoco puede ser perseguida la cosa vendida por los acreedores del estipulante.*

36. Es unánime la postura de los tratadistas, parlamentos y consejos regionales en el sentido de que el estipulante desaparece de escena, sin dejar rastro, una vez hecha, en forma, la elección del command.

El Cardenal de Luca (76) así lo dice: El estipulante debe ser considerado como mero órgano o instrumento, por medio del cual el contrato se juzga producido, desde el principio, directa e inmediatamente, entre el vendedor y el designado, tanto para el efecto de que el estipulante permanezca liberado de todas las obligaciones derivadas del contrato que pasan al designado cuanto, también, al de que los acreedores, de quien compra de esta manera, carezcan de derecho sobre los bienes así adquiridos.

Casaregis (77), por su lado, explica que «hecha tempestivamente la designación, debe, desde el principio,

(76) Ver el párrafo transcrito en la nota (63).

(77) *Discursus legales de commercio*, I, V, número 5-6: «Facta intra tempus nominatione, censerí debet contractus ab initio radicans in persona nominata et transfunditur omne jus in nominatum, nullo penes nominatem existente».

considerarse al contrato radicado en la persona designada y todo derecho transmitido a la misma, no quedando ninguno en cabeza del eligente».

Como también la Rota Genovesa (78) definiendo los efectos del contrato se cuida de precisar que «la naturaleza del contrato hecho por persona a designar es tal que aquél que elige se exima de la obligación contraída anteriormente... y más bien obligación y carga que tenía el primer contratante se transmiten al designado, como si desde el principio hubiese contratado.

Dumoulin (79) con una técnica muy depurada desarrollará la misma idea, incluso con mayor claridad, cuando después de sostener que sólo se produce una mutación y transferencia del vendedor a Cayo, continúa: «el cual no se dice traer causa de Ticio (este es el estipulante con reserva de elección) sino del vendedor, por medio de la venta llevada a cabo en provecho suyo (de Cayo) por Ticio, su apoderado».

37. Pero esta manera de producirse, en términos generales, oculta dos cuestiones muy interesantes, a saber: si el eligente quedaba, a pesar de la electio, sujeto al pago del precio y si el electo podía ser molestado e inquietado por pretendidos derechos de acreedores personales del eligente.

(78) Dec. 14, número 53: «Natura contractus facti pro persona nominanda talis fit ut ille qui nominat eximat se ab obligatione prius contracta... sed in nominatum transfunditur obligatio et onus quod primus contrahens habebat, perinde ac si ab initio contraxisset».

(79) Loc. cit. paragr. 33, glosa II, número 23: «...Calum, qui non censetur habere causam a Titio sed a venditore, mediante emptione facta ad ipsius commodum per Titius procuratorem suum».

38. Los autores estaban acordes en que, frente al Fisco de entonces, esto es, los derechos señoriales, esta modalidad de contrato no causaba dos transferencias, sino una sola, pero sentado el principio había que sacar las consecuencias, incluso en el terreno del derecho civil, lo cual fué ya más arduo y motivado a discusiones y diversidad de puntos de vista en los mismos textos legales. Una muestra bien clara de ello la encontramos en el recurso mantenido, ante el tribunal de casación francés, por Merlin (80) quien, con una gran sinceridad, expuso lo mismo los antecedentes favorables a su tesis que los adversos y mereció un fallo satisfactorio, para él, con la sentencia de 27 Enero 1808, en la que se sienta la doctrina de que en una venta con reserva de command no se puede presumir que el comprador se haya querido constituir fiador y obligar solidariamente con los commands que elija (81).

39. Es Favre, el más autorizado autor (82), que defiende la vinculación del estipulante con reserva de elección, al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato y entre ellas la principal del pago del precio, asegurando que, en su época, no se libera al que contrajo

(80) Ver el *Repertoire* citado, en la voz Vente.

(81) Cfr. en DALLOZ, *Jurisprudence*, citado, voz Vente, núm. 215. Y la doctrina de esta sentencia es recogida por TROPLONG en la obra citada número 67, pasando así a ser el derecho comúnmente admitido en Francia.

(82) *Codex Fabrianus*, loc. cit.: «Quamvis non eo magis liberetur quicum venditore contraxit, ne pretii nomine conveniri possit, si id venditor malit: quam ob causam indemnitatem eligenti repromittere electus solet. Cum fieri potuerit ut qui eligenti vendidit non item electo fuerit venditurus, praesertim cum electi persona semper sit incerta, aut saltem incognita venditori; qui proinde non potest videri ejus fidem secutus».

con el vendedor, de suerte que no pueda ser demandado a causa del precio si al vendedor lo prefiere. Por esta causa el designado suele reprometer indemnización al eligente, porque pudiera ocurrir que el que vendió al eligente no hubiera también vendido al electo, siendo siempre incierta la persona de éste, o al menos desconocida para el vendedor que por tanto puede parecer que no ha confiado en él.

Pero no se crea que, aunque así lo diga Favre, fuera ésta la doctrina de general aplicación, porque Reymond (83) limita este derecho del vendedor a perseguir al comprador que hubiera designado *command* a las regiones de Saboya, Ginebra y Vaud.

Además, precisamente para salir al paso de lo que dice Favre en el texto citado de que el vendedor, como no conoce al elegido que puede ser persona incierta o por lo menos desconocida, no puede fiarse de él como del eligente, a quien ciertamente conoce y sabe sus cualidades, podemos señalar que, en Francia y en Suiza, al comprador con reserva de elegir *command* se le llamaba *emptor fiduciarius* y en una notable obra se da como explicación la de que el verdadero adquirente se fía de quien contrata para él (84) con lo que se ve que la confianza no ha de estar sólo en el vendedor sino también en el verdadero adquirente, de que el estipulante le designará oportunamente como su *command*.

No obstante lo que antes hemos dicho de que la doctrina de Favre sólo se aplicaba en Saboya, Ginebra y

(83) Op. cit., páginas 34, 96, 112.

(84) BOYVE, *Dictionnaire ou repertoire des métiers curieuses*, página 11

Vaud, encontramos que Dufresne (85) comentando la costumbre de Amiens, después de distinguir entre mandatario que licita y remata con la reserva de elegir command, en una subasta, en virtud de un encargo recibido y aquel otro que lo hace sin tener encargo previo, porque el primero no puede retener la cosa para sí, ni el que le dió el encargo puede rehusar el tomarla, una vez declarado su nombre con la exhibición del mandato, en tanto que «el segundo licita y remata para sí determinadamente, aunque la postura diga para sí o su amigo elegido o por elegir, porque no tiene la obligación de dejar la cosa adjudicada al amigo si no quiere, pues no está ligado por ningún contrato antes de la adjudicación, dado que el dicho amigo era incierto y dependía de la elección que se hiciera. Así, sin dificultad, semejante mandatario rematante puede válidamente ser constreñido a consignar el precio de la adjudicación aunque haga la declaración que quiera».

Hebert, Consejero de Artois (del siglo XVIII) (86) en un comentario manuscrito dice que queda el adquirente obligado al pago del precio o del arriendo hasta tanto que el elegido no sea conocido y aceptado por el vendedor o arrendador quedando, entonces, solamente, liberado». Por lo demás mantiene la misma opinión que Hebert para

(85) *Comentario a la Coutume d'Amiens*, art. 259.

(86) *Comentario a la Coutume d'Artois*, art. 192, número 4, citado por MERLIN, en el lugar citado: «Cuando se compra o arrienda para sí o para su command, sea por decreto o arriendo judicial o voluntario, el adquirente queda obligado al pago del precio o del arriendo hasta tanto que el elegido no sea conocido y aceptado por el vendedor o arrendador, quedando entonces, solamente, liberado. Lo contrario ocurre con un Procurador especial que al no actuar más que en nombre de su mandante, según declara y notifica al propio tiempo presentando su poder, no queda obligado a nada personalmente».

el supuesto de mandatario que actúa en virtud de un encargo recibido anteriormente a tal efecto. La propia doctrina la encontramos en un Decreto del Parlamento de Flandes sobre ejecuciones de 16 Septiembre 1672 (86 bis).

Y todavía Favard (87) sostendrá, más recientemente, que el comprador aparente queda obligado hacia el vendedor hasta la completa ejecución del contrato, si el vendedor, o el amigo elegido no cumplen sus obligaciones.

40. Pero ni esta era la doctrina general ni, como dijimos y vamos a ver, ha prevalecido. Porque ya, frente a la gran autoridad de Favre, se alzó otra voz muy preclara, la de Voet (88) que defendió precisamente lo contrario, esto es que no quedaba obligado el contratante con reserva de elección, una vez declarado el nombre del amigo y usa para ello un sencillo y convincente argumento: que quien compra para otro o para persona incierta, ya desde el principio manifiesta no querer quedar obligado como comprador.

Lo propio sostienen, como hemos visto anteriormente, el Cardenal de Luca, Casaregis y la Rota de Génova, como

(86 bis) Artículo 101. Una vez hecha la adjudicación del decreto, el adjudicatario deberá, en la quincena siguiente, declarar la persona de su command, en el supuesto que haya licitado por otro; so pena que será ejecutado el mismo por la cantidad de su contrato.—Ar. 102. Lo mismo ocurrirá si la persona designada command, en tal término, no sea solvente y suficiente para proporcionar el dinero.

(87) *Repertoire*, voz Command, número 1. Nótese que este autor pone a cargo del eligente una doble responsabilidad frente al vendedor por el pago del precio y frente al command por las obligaciones del vendedor.

(88) *Digesto*, «Si quis ager vectigalis vindicetur, 14 cum is qui se alieno aut incerto nomine emere, ab initio professus est se utique noluerit ut emptorem obligare».

también el acta de notoriedad del Consejo de Artois de 19 Marzo 1727 (89).

En otro comentario al art. 193 de la Costumbre de Artois, Maillart (90) sostiene que el vendedor que ha aceptado la cláusula para el comprador o su command, ha aceptado a éste, aunque le sea desconocido ha aceptado la fe de su comprador: así pues cuando el command es designado, antes o al momento de la saisine, el comprador es liberado de todas las acciones a que estaba sujeto respecto del command el cual, por medio de la declaración queda subrogado en el lugar del comprador, por el consentimiento del vendedor el que, por esta cláusula, contrata con una persona que no conoce; lo que parece contrario a la disposición del derecho.

Viniendo la ley de 13 Septiembre-16 Octubre 1791 a sentar como doctrina legal que: «en su consecuencia toda persona, en provecho de la cual haya sido hecha y que haya aceptado, en los seis meses de una adjudicación de bienes nacionales, en virtud de las reservas y en las propias condiciones que allí son estipuladas, una declaración de command o de elección de amigo, relativa a los bienes de la adjudicación, quedará subrogado de pleno derecho en el lugar del comprador que haya hecho esta declaración o elección de amigo» (91).

41. Más clara aparece la cuestión de la responsabilidad real de los bienes comprados de esta manera, a las

(89) Ver los textos transcritos en las notas (51), (72), (78), (49),

(90) Cfr. especialmente el número 12. Obsérvese que los comentarios de HEBERT y este de MAILLART se producen en sentidos opuestos, estudiando un mismo precepto.

(91) No obstante, el art. 97 del R. D. Italiano de 22 agosto 1887, que se refiere a venta de bienes eclesiásticos, dice que el oferente por persona a designar será siempre fiador solidario del electus.

deudas del eligente con respecto a terceros, especialmente a las hipotecas legales y judiciales. Se sostiene, en general, que el elegido no responde, con el bien así adquirido, de las deudas del eligente. Ya vimos como de Luca (92) sostiene no competir derecho alguno sobre los bienes adquiridos por declaración de *command*, a los acreedores del eligente.

Y en el propio sentido se pronuncia Casaregis (92 bis) invocando una sentencia de la Rota romana, *coram Gregorio XV*. Para este Tribunal la fuerza de esta designación es tanta que los acreedores del nominante con el vigor de sus créditos, no pueden pretender derecho alguno de hipoteca general sobre la cosa deducida en el contrato, porque se estima que nunca estuvo en los bienes del nominante.

Lo que también se deduce de los desenvolvimientos de Dumoulin (93) cuando señala que no trae causa del eligente el definitivo comprador.

En cambio no participa de esta idea el comentarista Dufresne (94), según el cual se puede incluso sostener que el aceptante de tal declaración puede, como tercero detentador, ser perseguido para la declaración de hipotecas por las deudas de aquel que le ha designado o elegido, por haber sido verdadero propietario y *brevi manu* convertido en vendedor y cedente.

Mas esta doctrina es desautorizada por Denisart (95)

(92) «*Ut ipsius ita ementis creditoribus nullum jus ad bona sic empta competat*».

(92 bis) Dec 227, número 3: «*Hujus autem nominationis tanta est vis ut creditores nominantis vigore eorum hypothecae generalis nullum possint jus praetendere super re in contractum deducta, quia nunquam consetur fuisse in bonis nominantis*».

(93) Ver la cita en la nota (79).

(94) En el mismo «Comentario a la Coutume d'Amiens», art. 259,

(95) *Repertoire*, voz *Command*.

que, recordando el acta de notoriedad del Consejo de Artois de 19 Marzo 1727, afirma que los acreedores del adquirente que compró para sí o su command no tienen ninguna hipoteca sobre las fincas así vendidas, una vez la declaración de command hecha en el tiempo y forma fijados en la ley.

Cuya doctrina mereció la aprobación del legislador en la ley de 13 Septiembre-16 Octubre 1791 pues el command, «no podrá, pagando a la Nación el precio de los bienes ser buscada (recherchée) ni perseguida ya sea hipotecariamente, ya de otro modo por quien quiera que sea, por razón del citado adquirente» (se refiere al commandé).

VIII. El estipulante es parte contratante hasta la electio.

42. Para que no quedara en ningún momento incierta la propiedad. 43. El principio lo afirman varios autores. 44. Y se confirma por los esfuerzos doctrinales para explicarlo.

42. A los tratadistas de los siglos medios 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 adquiría la propiedad el estipulante. Esta doctrina se manifiesta de muchas maneras.

43. En primer término por manifestaciones expresas de los autores que así lo indican. Es, como tantas veces, de Luca quien sentará el principio de que hecha la venta o

el arriendo para persona a designar, tal comprador o arrendatario se dice *interim perfectus dominus* (96).

O bien Salgado de Somoza (97) al afirmar que la facultad de designar arguye también la de no designar, de suerte que si no quiere hacer esta designación continuará el dominio de la cosa, desde el principio adquirida para sí.

En tanto que Favre (98) hablando del estipulante, dice que el dominio de la cosa vendida reside, durante todo el intermedio, en la persona de Ticio (el estipulante).

Lo está diciendo asimismo la terminología usada en esta manera de contratar, pues que siempre se dice contrato para sí o para el amigo, para sí o para la persona que designe, para sí ou pour son mieux.

44. Y aún más, como veremos, es, precisamente, esta vinculación del estipulante, unida a su sucesiva desaparición de escena, una de las mayores dificultades que se presentan a la adaptación de las diferentes tesis doctrinales que tratan de explicar su naturaleza jurídica, sin olvidar, como afirma Enrietti (99) que si no se admitiera esta adquisición por el estipulante no se explicaría la

(96) Opúsculo cit. disc. XXVI, número 2: «Facta emptione, vel conductione pro persona nominanda, talis emptor vel conductor dicatur interim perfecte dominus».

(97) Opúsculo cit., capítulo XIII, número 16: «Hujus emptoris jus resolvitur ex mera voluntate sua, in qua dumtaxat consistit facultas nominandi personam pro qua emit vel non nominandi, ita ut si nominare nolit, continuet dominium rei a principio sibi acquisitae».

Y el propio autor pone como título del número 3 del mismo capítulo antes citado: «Emptori pro persona nominanda ante facta nominationem dominium quaeritur».

(98) Op. cit., título 34, def V: «Dominium rei venditae ... in Titii persona toto medio tempore consisterit».

(99) Op. cit. página 46.

boga lograda por la institución, como medio de eludir el pago de dos impuestos de transferencia.

Por lo que Dalloz (100), recogiendo el sentir de antiguos autores y textos legales (101), define la situación del *commandé* diciendo que hasta la declaración hecha y aceptada es propietario y está gravado con todas las obligaciones del comprador, pero una vez hecha la declaración y aceptada por el *commandé*, el primero desaparece, el segundo ocupa su lugar y desde entonces queda investido de los derechos y obligaciones que resultan de la primitiva venta.

IX. El estipulante es el definitivo contratante si no hace, o hace irregularmente la *electio*.

45. Caso de fallida electio. 46. Supuesto de irregularidad en la electio. 47. La falta de reserva en el contrato como supuesto de irregularidad en la electio.

45. Un resumen de la doctrina mantenida para el supuesto de fallida declaración del amigo se encuentra en Tendi (102) quien dice que, sin embargo si no exhibe el mandato revela el nombre del mandante, asume para sí la obligación, hace suyo el contrato.

Como ya hemos adelantado y explicaremos más tarde, el mecanismo del contrato por persona a designar

(100) *Jurisprudence*, citada voz *Vente*, número 215.

(101) DUFRESNE en el comentario antes transcrito al artículo 259 de la *Coutume d'Amiens*; artículo 101 del Decreto del Parlamento de Flandes de 16 septiembre 1672, TOULLIER, tomo VIII, números 170 y siguientes; TROPLONG, *Vente*, número 64 y siguientes.

(102) *Tratatto teorico pratico delle tasse di registro*. pág. 335.

solía encontrar apoyo en la teoría del mandato, pero, precisamente, por esto surgían dificultades de explicación de por qué el commandé podía elegir o no elegir y por qué incluso se podía elegir a otro que a aquel de quien se había recibido el encargo.

Claramente Dufresne (103) distingue la hipótesis del Procurador que actúa en virtud de un poder previamente conferido al mismo para lograr una adjudicación en favor de su cliente, del caso del Procurador que actúa sin este poder previo, en cuyo caso no está obligado por ningún contrato previo, como en el anterior en que había un contrato obligatorio para ambas partes. En este segundo supuesto aunque la postura diga para sí o su amigo elegido o por elegir, como no tiene obligación ninguna asumida con anterioridad, puede hacer o no la designación según quiera, guardando, en este caso, la condición de parte contractual para sí.

Pero podía ocurrir que, teniendo el rematante u oferente un mandato anterior o contemporáneo al remate u oferta, no obstante el tal oferente no lo exhibiera, guardando entonces el contrato para sí, como parte contratante. Es lo que dice Pothier (104) y (105).

Y en la monografía de Buttgenbach (106) se dice que el commandé ha adquirido para sí o para un tercero y nada permite decir que, en el momento de la venta, haya querido, de hecho, comprar para este tercero y que lo declarará. Nada le impide conservar la adquisición para

(103) *Comentario a la Coutume d'Amiens*, citado.

(104) *Des Fiefs*, cap. V, página 81.

(105) Cfr. también el artículo 101 del Decreto del Parlamento de Flandes transcrito en la nota (86 bis).

(106) *Op. cit.*, página 173.

sí, según los términos mismos del contrato, porque la cuestión, precisamente consiste en saber si el commandé obró propio o alieno nomine.

46. Cuando la elección se hacía irregularmente, se producía la transmisión de la propiedad, pero no ya en las condiciones del contrato que examinamos, sino que se estimaba haber dos ventas. Esta irregularidad, de ordinario era el hacerse fuera de plazo, como nos advierte Favre (107) que, para no dejar lugar al fraude, se admitió, también, con mucha razón, que convenga hacerse la elección dentro de un plazo cierto, de otro modo se consideran existentes varias ventas y consiguientemente se deben varios laudemios (108).

47. La irregularidad podía proceder de no haberse reservado el derecho de elegir command, que aparte vacilaciones, que veremos, se impuso definitivamente. Un Decreto del Parlamento de Flandes de 26 Noviembre 1673 así lo exigía, pero Pothier representante del derecho comúnmente admitido en Francia antes de la codificación era más amplio, pues consentía la declaración de command en los siguientes supuestos: 1.º si el comprador, aun no habiendo declarado en el acto de la venta comprar para sí o para un tercero, aporta un poder de fecha cierta en el día de la primera venta o anteriormente; 2.º si, en las mismas condiciones la declaración de command es

(107) Op. cit., IV, tít. 34. def. 1: «Sed ne fraudis locus relinquatur optima ratione illud etiam receptum est ut intra certum tempus electionem fieri oporteat, alioquin plures venditiones esse intelliguntur et consequenter laudimia plura debentur.

(108) Cfr. también PARISIO, Consilia número 39: «Elapso anno (quando nihil de tempore specialiter dictum fuerit) nulla nominatione facta, in stipulante perfecte contractus remanserit»,

hecha *in continenti*, porque los pactos hechos *in continenti* se incorporan al contrato y 3.º si el comprador ha declarado en el contrato que compraba para otro, aunque no aporte mandato del electus al momento de la declaración de command: en estos tres casos se debía solamente un derecho señorial (109).

Mas en las leyes de 5-19 Diciembre 1790 y 22 Frimario del año VII prevaleció la exigencia de la reserva en el acto de la adjudicación. Y lo propio ocurre en la legislación italiana, art. 1401 del Código civil, en la suiza, ley de 27 de Diciembre 1911 y en la española, art. 1499 de la ley de Enjuiciamiento civil. Ahora, donde está previsto, la exhibición de un mandato anterior de fecha fehaciente, solamente sirve a suplir la, de otro modo, necesaria aceptación del designado.

X. Plazo en el que debe ser hecha la electio.

48. *Brevedad del plazo.*

48. Este plazo, necesariamente, había de ser breve, aunque se distinguió entre el plazo a efectos de la exención tributaria y plazo a efectos puramente del derecho civil.

La brevedad del plazo la preconizaba la ley II, Tít. XII de los Estatutos del país de Vaud: «deberá prontamente declarar, si es para el sólo o para otro y en este caso

(109) POTHIER, *Coutume d'Orleans*, cit. pág. 81. Ver también en el mismo sentido DUMOULIN, loc. cit. paragr. 33, glosa 2, n.º 23; TIRACQUEAU, *Du retrait conventionel*, n.º 115; D'ARGENTRÉE, *De laudimis*, paragr. 21; FONMAUR, *Traité des lods et ventes*, n.º 269.

designarle» (110), como también igualmente D'Argentrée (111) Celeriter y Dumoulin (112) in continenti seu modico intervallo.



XI. Los plazos más comunes eran los de cuarenta días y de un año.

49. *Plazo de cuarenta días.* 50. *Plazo de un año.*
51. *Plazo contractualmente fijado.* 52. *Otros plazos.*

49. Favre (113) hacía observar que el plazo de cuarenta días era el más extendido y efectivamente regía en Cambressis (art. 3), en Amiens (art. 259), en Peronne (artículo 82), en Ginebra (Edicto del Consejo de los Doscientos de 22 Mayo 1855), en Holanda en virtud de un edicto de 1623, después derogado.

50. El plazo de un año, en cambio, era más corriente en Italia y en el Mediodía de Francia, sin duda tomado este plazo del tiempo de validez del poder, afirmándolo así Surdus (114) con referencia a las decisiones del Senado de Mantua, Casaregis (115) y de Luca (116), estos últimos

(110) «Il se devra lors promptement déclarer si c'est, pour luy seul, ou aultruy et en ce cas le nommer». Ver REYMOND, op. cit.

(111) Op. cit. paragr. 21.

(112) Op. cit. glosa II, n.º 21. Ver más adelante la cita que hacemos de POTHIER.

(113) Op. cit. definitio I.

(114) Cfr. *Decisiones Sacri Mantuani Senatus*, l. dec. 335.

(115) *Discursus*, citado, I. disc. V n.º 24 y 76.

(116) *Theatrum*, cit. VII. *De emptione et venditione*, pars II, disc. 29.

en general y Sudre, en sus anotaciones al Boutaric (117) dice que la designación del amigo deberá hacerse en el plazo de un año: el parlamento de Toulouse concede este plazo y este es el uso más corriente.

51. Pero no faltaban quienes acordaran a los contratantes facultades para que ellos mismos fijasen el plazo, como decía, en sus *Consilia*, Parisio, con la reserva de que cuando nada se haya dicho especialmente a propósito del tiempo, o como cuando se decía que el plazo habría de ser el mismo que el concedido para el pago del precio, que era la práctica corriente en Amberes (118) y en el *Dictionnaire de Dalloz*, se resume la regla general (Voces *Vente* n.º 219 y *Enregistrement* n.º 2597) que respecto del Fisco habría de ser hecha en veinticuatro horas, pero que desde el punto de vista del derecho civil el plazo no es limitado, puede ser, dice, de seis meses, uno, dos años, etcétera, según el convenio de las partes (119). Y lo mismo Pothier (120) que estima que el Señor no podrá exigir más que un único impuesto de transferencia cuando la declaración sea hecha en el plazo fijado en el contrato y que este plazo debe ser muy corto.

52. Pero hay también plazos de veinticuatro horas, de tres días, de ocho, de quince, de seis semanas, de dos, de tres y de seis meses; alguno sostenía que no existía plazo, toda vez que el eligente podía hacer declaración

(117) *Traité des droits seigneuriaux*, paragr. 2 n.º 20. Ver también art. 156 de la *Costumbre de Anjou*.

(118) Cfr. FOUCAULT, op. cit. pág. 32-33 donde se cita una sentencia del Tribunal de Comercio de Amberes de 7 Noviembre 1857.

(119) Cfr. TROPLONG, *Des ventes*, n.º 69.

(120) La citada obra sobre la *Costumbre de Orleans*, pág. 81.

cuando le pluguiera, pero esta posición extrema y aislada daba lugar a peligros que, también, fueron puestos de relieve negando la concesión de plazo y exigiendo una declaración in continenti (121).

XII. Las fórmulas «pour soi et pour son command» y «pour soi ou pour son command» tienen el mismo valor.

53. *La cuestión se agitó en el pleito entre Lavillaudraie y Prevôt Saint Cyr.* 54. *Se admite en general la similitud.* 55. *Opinión aislada contraria.*

53. Este problema se agitaba en el pleito seguido entre los herederos de Lavillaudraie y los de Prevôt Saint

(121) Veinticuatro horas la ley de Thermidor del año IV y de 22 de Frimario del año VII.

Tres días en el edicto de 23 Julio 1664 del Parlamento de Flandes que redujo el anteriormente vigente en Holanda de cuarenta días. También adopta este plazo el art. 709 del Código procesal civil francés; R. D. Italiano de 30 Diciembre 1923 (modificado por ley de 15 Febrero 1949); art. 1401 Código civil italiano; art. 1499 de la ley procesal civil española.

Ocho días dice POCQUET DE LIVONNIERE, citado por DUMOULIN (op. et loc. cit.) que es el plazo que debe entenderse concedido cuando se habla de hacer designación del command in continenti.

Quince días según el Decreto de 16 Septiembre 1672 del Parlamento de Flandes sobre ejecuciones, en su art. 101, anteriormente transcrito.

Seis semanas, es decir, sensiblemente, el mismo plazo de cuarenta días se encuentra en VICAT, *Traité des Fiefs*, 1739, pág. 24.

Dos meses según CHOPIN en su libro de *Comentarios a la Costumbre de Anjou*.

Tres meses en Suiza, según BOYVE, *Remarques sur les lois et Statuts du Pays de Vaud*, Neuchatel 1756, a la ley II paragr. 4.

Seis meses en la ley de 13 Septiembre-16 Octubre 1791 de la Convención francesa y en la ley suiza de 27 Diciembre 1911.

ALTIMARO (*De nullitatibus contractum*, III, libro I, quaestion 10, n.º 38 y question 30 n.º 64) no pone límites en el tiempo al eligente.

GUJOT (*Traité des Fiefs*, tit. III, cap. IV, sección 3.ª, pág. 270) por

Cyr, en el cual consta que Lavillaudraie había comprado para sí y para su command que designaría en el plazo de un año, como efectivamente lo designó. Mas al cabo del tiempo los herederos de Prevôt Saint Cyr demandaron a los de Lavillaudraie el cumplimiento de las obligaciones que aún restaban por cumplir, excepcionando Lavillaudraie que por haber designado un command dentro del plazo debido, ya no eran responsables del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de venta, sino que lo era su command designado oportunamente. El asunto llegó a casación y en ella defendió Merlin a Lavillaudraie y entre otras cuestiones que se agitaban en el recurso estaba la de que habiéndose usado de la fórmula pour soi et pour son command en realidad lo que se había hecho era reservarse la facultad de asociarse como coadquirente a un tercero. Y el propio Merlin (122) después de decir que esta cuestión no debiera tocarse en casación, añade que el uso y los autores demuestran que las fórmulas, sibi et amico y sibi aut (o vel) amico, son sinónimas. Añadiendo que nada es más corriente que ver la conjunción copulativa «et» usada en lugar de la disyuntiva «ou» y recíprocamente la disyuntiva «ou» empleada por la copulativa «et». Y continúa que en el caso de la copulativa «et», podría asociarse como command por una parte tan considerable de la cosa y quedarse él con una porción tan mínima que el resultado práctico fuera el mismo.

su parte exige que la declaración sea hecha al tiempo mismo del contrato porque acordarlo de otro modo es favorecer el fraude e introducir la arbitrariedad en la jurisprudencia a causa de las dificultades que surgirán para la fijación del plazo.

(122) *Repertoire universel*, citado, voz Vente.

54. Que el empleo de la adversativa «ou» conduzca a la posibilidad de usar de la reserva en la forma dicha anteriormente, no ofrece duda alguna. La que ofrece dificultad es la conjunción «et», por lo que hay que acudir a ver si hay pasajes de autores consagrados que empleen la fórmula que incluya esta conjunción.

El Presidente Favre (123) nos dirá en dos pasajes: «sibi et amico aut electo aut eligendo, ac postea elegit, una tantam venditio est»; «a deo verum est quod jam supra diximus, cum quis sibi et amico sive electo sive eligendo aliquid emit». Y en el mismo sentido se pronuncia el Cardenal de Luca (124).

Brodeau (125) dice que hay venta con reserva de declaración de command aunque el adquirente emplee las palabras «pour lui et» en lugar de «pour lui ou» aquel de sus amigos que le plazca designar dentro del año.

La similitud de ambas fórmulas se observa en Dufresne (126) al emplear indiferentemente una u otra con el mismo significado: «hay mucha diferencia entre un Procurador rematante y adjudicatario que trata para sí o su command para el cual como commandé ha tenido encargo de hacer posturas y un procurador adjudicatario que licita para sí y para su amigo elegido o por elegir...».

Y para remate un argumento de autoridad tomado al derecho romano cual es la ley 53 del título «de verborum significatione» del Digesto que dice: saepe comparatum

(123) CODEX, citado IV, 34 def. I: «para sí y para el amigo o elegido o por elegir, y después eligió, solamente existe una venta». «Por lo que es cierto, como dijimos anteriormente cuando alguno compró algo para sí y para el amigo o elegido o por elegir».

(124) *Theatrum*, citado, IV, disc. 26 y VII, II, disc. 29.

(125) Sobre Louet, letra R n.º 2, citado por Merlin.

(126) Comentario al art. 259 de la Coutume d'Amiens.

est ut conjuncta pro disjunctis habeantur et disjuncta pro conjunctis (127).

La tesis de la similitud de ambas expresiones la apoyan también Foucault, Dalloz, Troplong, Baudry Lacantinerie et Saignat, Scisca, Buttgenbach, sin olvidar a Reymond (128) a pesar de que, en Suiza, la explicación que se da de la liberación del segundo impuesto de transferencia, abonaría la argumentación contraria.

55. Enrietti (129), en cambio, sostiene la opinión contraria apoyándose en que la afirmación de que significan lo mismo «y» que «o» echaría por tierra toda distinción entre obligaciones cumulativas y alternativas, olvidando que lo que se dice es que muchas veces se usan como sinónimas, como afirma el texto recordado del Digesto, silenciado por este autor. Sin embargo se apoya también en un pasaje de Casaregis (130) donde con referencia al seguro por cuenta ajena dice que cuando se emplea la fórmula «para sí y para la persona que designará» no queda liberado el estipulante por la ulterior designación del amigo.

(127) D. 50, 16, 53, pr.

(128) Opera cit. FOUCAULT, pág. 29; DALLOZ, voz Vente n.º 222 y Enregistrement n.º 2562; TROPLONG n.º 75; BAUDRY n.º 176; SCISCA página 29; BUTTGENBACH pág. 238; REYMOND págs. 57-77 y 149-150. También la sentencia francesa de 27 Enero 1808.

(129) Op. cit. pág. 299 y sigte.

(130) Discursus cit. I. disc. 26: «quoad secundam speciem assicurationis stipulatae pro se et persona nominanda, non admittimus quod facta nominatione, stipulans seu contrahens exeat a contractu qui erat in eo radicans ad initio, juxta sensus praedictae Rotae decisionis.

XIII. Diferencia entre el Procurador y el particular rematantes.

56. *Diferencia entre ambos.* 57. *Posición privilegiada del Procurador.*

56. En el pasaje, tantas veces citado, de Dufresne al comentar la costumbre de Amiens, en su art. 259 se distinguen los supuestos de procurador adjudicatario que obra en virtud de un mandato anterior y el que remata sin tener este encargo previo. Pero es que tanto la costumbre de Amiens, como la de Artois, llevan a cabo una confrontación de ambas hipótesis y así resulta que el Procurador que adquiere para su command, obra en virtud de un mandato y cumple su función no habiendo nadie que pueda confundirse acerca del alcance de su declaración de command que está completamente dentro de su función natural. Pero el que licita para sí o para su amigo a elegir goza de una opción: puede a su voluntad conservar el contrato de adquisición para sí o designar al amigo: no está obligado a transferirle el bien como debe hacerlo el Procurador que ha declarado command. La doctrina del mandato se aplicará íntegramente en el caso del Procurador y no dará lugar a su aplicación en el caso de elección de amigo (131).

Y Pothier (132) recogiendo antecedentes y aplicándolos al caso del Procurador rematante, sentará la doctrina que después será admitida por los textos legales de que el Procurador se presume que obra en virtud de un encargo

(131) Cfr. FLATTET, op. cit. pág. 287.

(132) *Des Fiefs*, cap. V.

previo que quedará declarado con la exhibición de un mandato de fecha anterior, o con la aceptación del designado.

Porque el art. 707 del Código francés de procedimiento civil da al Procurador adjudicatario, un plazo de tres días para exhibir el mandato o presentar la aceptación de la persona para la cual ha licitado.

57. E incluso transcurrido este plazo de tres días sin exhibir el mandato o presentar la aceptación del cliente, todavía se le dan veinticuatro horas más para poder designar a un tercero como adquirente.

La posición del Procurador es privilegiada porque lo que antes hemos dicho puede hacerlo sin necesidad de hacer la reserva de declaración de command, mas como el Procurador, con su cliente forman una sola persona, si se hizo la adjudicación, con la expresa reserva, entonces podrá el cliente del Procurador, designar command como lo haría cualquier adjudicatario no Procurador que se hubiere reservado este derecho (133).

Tampoco es necesaria la notificación al Fisco cuando el adjudicatario es un Procurador, pero esto únicamente cuando la designación se hace en los tres días, no en el suplementario que se concede para cuando se ha agotado el primero (134) y (135).

(133) Cfr. DALLOZ, Dictionnaire, cit. voz Enregistrement n.º 2571 y siguientes y Merlin, Répertoire cit. voz Command donde cita una sentencia de casación francesa de 24 Abril 1811 que admite la declaración de Command al cliente del Procurador que hubiere hecho la adjudicación con la reserva expresa.

(134) Ley de 22 Frimario del año VII.

(135) Dice SCISCA, loc. cit. págs. 8 y 9 que los arts. 672 a 678 del Código de procedimiento civil italiano se ocupan del contrato por persona a declarar e iban dirigidos a evitar los desórdenes que se

XIV. Condiciones de ejercicio de la elección de amigo.

58. *Resumen de las condiciones de Pothier.*

58. Resumiendo Pothier (135 bis) la doctrina de la declaración de command dice que el Señor no podrá exigir más que un solo impuesto de quinto a condición de que: 1) La declaración de command se haya hecho en el plazo fijado en el contrato; 2) que este plazo sea muy corto para evitar retrocesiones; 3) que la persona en provecho de la cual se hace la declaración haya sido capaz de dar el encargo de adquirir para ella, al momento del contrato; 4) que el comprador no haya hecho actos de propietario antes de la declaración y 5) que la declaración sea pura y simple.

producían bajo los Códigos de Parma y Albertino que permitían a cualquiera en las subastas hacer posturas por persona a declarar, con lo que había surgido junto a los Tribunales, una camartlla de especuladores que adquirían primero los bienes por su cuenta para después revenderles a más altos precios. En la legislación de Nápoles solamente podían licitar en las subastas los Procuradores, lo que dió lugar a nuevos abusos por parte de éstos, con lo que el Código de procedimiento civil antes citado estableció que sólo los Procuradores pudiesen usar de la reserva en las subastas, pero a ellas podían acudir todos.

Nada añadimos, por ahora, de lo dispuesto en los cuerpos legales más modernos, lo que quedará para ulterior estudio.

(135 bis) *Coutume d'Orleans*, pág. 81.

A. El eligente no debe haber realizado anteriormente actos de propietario.

59. *La elección debía de hacerse rebus integris.* 60. *Laxitud en la interpretación de la integridad.* 61. *Problema de las servidumbres e hipotecas impuestas por el eligente.*

59. Como veremos, con más detenimiento, más adelante, la explicación de los efectos del contrato con declaración de command, como supuesto de aplicación del mandato, recibió un considerable apoyo con los desenvolvimientos de Dumoulin (136), según el cual la presunción de mandato se destruía en el supuesto de que las cosas no estuvieran íntegras, pues había que hacer la designación rebus integris, ya que, en otro caso, se entendía que el adjudicatario, con la reserva, prefería conservar el contrato para sí mismo. Hebert (137) con cita de un fallo del Consejo de Artois de 14 Diciembre 1702 dice que la elección debe hacerse rebus integris, antes que el adquirente haya hecho actos de posesión, goce o propiedad. Lo que igualmente sostiene Gujot (138).

60. Pero esta doctrina apareció en seguida como demasiado estricta, pues más bien había que atender a cada caso en particular, examinando los hechos y la

(136) Op. cit. glosa II, n.º 23.

(137) En el comentario manuscrito a la coutume d'Artois que cita Merlin en su Repertoire, en la voz Vente.

(138) *Traité des Fiefs*, tant pour le pays coutumier que pour le pays de droit écrit, Paris 1746, n.º 75; el adjudicatario no debe haber hecho ningún acto personal de propietario: en otro caso la declaración deberá ser considerada como una segunda venta.

intención de los que los hicieron para decidir si se quiso, o no, renunciar al derecho de elegir command.

En primer término surge la cuestión de cuáles deben ser considerados como actos de propietario. A este efecto podemos señalar dos textos muy expresivos.

Pocquet de Livonnière (139) dice que cuando el que ha adquirido para sí o para otro que designará, dentro de un año, si se ha hecho investir por su Señor en su propio y privado nombre, le ha prestado fidelidad y homenaje, le ha pagado laudemios e impuestos de transferencia, etcétera, en este caso se presume haber consumido su opción y haber tomado el partido de retener la cosa para sí. Pero también había veces en que la investidura no era necesaria y había que examinar los términos de la posesión de los que se podría deducir la pérdida de la opción lograda cuando aparezca, manifiestamente, que el adquirente ha gozado la cosa para sí y por su cuenta.

Y de una manera más descriptiva Sudre (140) dirá que si el adquirente impone servidumbres o las extingue, si demuele edificios, si abate el monte, si hace arriendos de más de un año de duración, si vende partes del inmueble adquirido, en todos estos casos se considera que el adjudicatario ha hecho suya la venta y que ha llevado a cabo la elección en favor de él mismo.

Pero era preciso considerar la intención puesta en estos actos de propietario, porque podría haberlos hecho en el mismo concepto en que recibió la adjudicación, es decir, por la persona que después designe, en cuyo caso no se agota la opción.

(139) *Traité des Fiefs*, cit. pág. 171.

(140) En sus notas al *Traité des droits seigneuriaux de Boutaric*, parágrafo 2, n.º 20.

Había actos que, ciertamente, sin discusión, no implicaban, necesariamente, el haber usado de la condición de propietario a los efectos de perder la facultad de opción a designar un command. Estos eran la posesión de la tierra con el consiguiente cultivo de la misma y recolección de frutos, el arriendo de las cosas de que se trate, el pago del precio o de parte de él e igualmente el pago de laudemios o del impuesto de transferencia (141).

61. Más dificultades implicaba la imposición de una servidumbre o su extinción, pero no faltaba tampoco la opinión de Merlin (142) que sostenía que incluso, en este

(141) Cfr. FONMAUR, op. cit. n.º 271: «Si el adquirente para sí o para su amigo ha pagado el precio de su compra o de su adquisición, este pago no le inhiere de nombrar su command porque la adjudicación cede en provecho de su comitente y no en provecho del mandatario y a éste se le considera que ha pagado en la misma calidad que trató». Y más adelante: «Si percibió frutos antes de la elección del amigo se le considera haber disfrutado en la propia cualidad que adquirió, porque su posesión se refiere al antecedente título».

POTHIER, *Coutume d'Orleans*, cit., cap. V, número 145: «Cuando haya recogido los frutos o hecho reparaciones incluso cuando lo hubiese hecho a sus expensas, puesto que puede hacer todas estas cosas por cuenta de quien le ha dado facultad de comprar.

MERLIN, *Repertoire*, citado, voz Vente: «Se conserva la facultad de designar command aunque a) se haya pagado, sea el todo, sea una parte del precio de venta; b) se haya tomado posesión de la cosa vendida y c) se haya hecho ensaisner el contrato y pagado laudemios y derechos de transferencia.

DALLOZ, *Dictionnaire*, voz Enregistrement n.º 2599 aprueba el que pueda designarse Command aun habiendo arrendado. Y lo propio dicen BAUDRY LACANTINERIE ET SAIGNAT, op. cit. n.º 182.

(142) Ver su *Repertoire*, voces Command y Vente, donde después de citar las notas de Sudre al Boutaric en lo referente a la imposición o extinción de servidumbres dice que a pesar de todo, el simple hecho de estos cambios no indica si es en su propio nombre o en el de su amigo como los haya hecho.

BAUDRY LACANTINERIE ET SAIGNAT, op. cit. n.º 182 tratando de este punto dicen: «Pensamos que los derechos reales así constituidos serían

caso, había que considerar la intención con que habían sido llevados a cabo.

La venta de parte de la cosa adquirida, representaría acto de propietario, toda vez que, como veremos, podría lograr el mismo resultado declarando un command para parte de la finca y conservando el resto para sí.

En cuanto a las hipotecas voluntarias (no las legales ni las judiciales) constituyen actos típicos de propietario que tienen como consecuencia que el eligente que los realiza pierde el derecho de designar command en el plazo estipulado (143).

B. El eligente no debe realizar actos de propietario al designar command.

62. *El problema en la jurisprudencia de Bélgica.*

63. *El problema en la jurisprudencia francesa.*

62. Según Buttgenbach (144) se entienden realizados actos de propietario que excluyen el derecho de designación de command, cuando el commandé que hubiera adquirido dos fincas, eligiera command para una de ellas y estableciera en provecho de la que quedase para él

válidos pero que implicarían la renuncia a la facultad de elegir command disponiendo de los bienes comprados o gravándolos con derechos reales haría suyo definitivamente el contrato».

Y POCQUET DE LIVONNIÈRE, en el *Traité*, citado pág. 171, dice que hay que atender a la intención, porque si no aparece manifiestamente la intención de comportarse como propietario, se presumirá haber gozado en las mismas condiciones en que había adquirido, es decir, para sí y para el mismo que debía designar.

(143) Cfr. BAUDRY LACANTINERIE ET SAIGNAT, loc. cit. n.º 182; COVIELLO, *Della Trascrizione*, vol. II. Nápoles 1899, núms. 260 y sigtes.; ENRIETTI, op. cit. pág. 266 y sigtes.

(144) Op. cit pág. 251.

una servidumbre que no fuese exigida por la naturaleza de los lugares, o de una manera general la gravase con nuevas cargas; cuando el commandé elige command para la superficie y se reserva el subsuelo. En este caso no hay simple transferencia del commandé al command sino una declaración que cambia la naturaleza de la operación primitiva: de inmobiliaria que era se convierte en mobiliaria y en parte en inmobiliaria; y finalmente si el commandé declara el command reservándose el derecho de retracto: pues para reservarse el retracto precisa, evidentemente que haya sido propietario.

63. Mas estas declaraciones recogidas de la jurisprudencia de los tribunales belgas no coincide totalmente con la de los tribunales franceses que exponemos siguiendo a Dalloz (145): hay reventa cuando el electo adquiere tres cuartas partes por el precio estipulado por el todo quedándole la restante cuarta parte gratis al estipulante e igualmente en caso de reserva del derecho de retracto; pero en cambio hay mera declaración de command cuando se designan varios, siempre que el precio total sea el mismo y no se modifiquen las condiciones: como también cuando se elige command para parte de las fincas y se reserva alguna, con tal que no haya cambio de precio ni de las condiciones de la venta: o cuando declara command para el usufructo, para la superficie, o declara un command para los muebles y otro para los inmuebles, o se los reserva y viceversa (146).

(145) DALLOZ, *Dictionnaire*, voz Enregistrement, núms. 2581, 2588, 2591, 2593 y 2594.

(146) DALLOZ, *Dictionnaire*, voz Vente n.º 221 y voz Enregistrement, n.º 2587; cfr. también BAUDRY LACANTINERIE ET SAIGNAT, op. cit. párrafo 179.

C. La designación de command ha de hacerse pura y simplemente y en las mismas condiciones que la adjudicación.

64. Pura y simple. 65. En las mismas condiciones.

66. ¿Ha de ser, también, gratuita?

64. Pacíficamente se admite que la designación de command no soporta condición ni modo, sino que ha de hacerse pura y simplemente. Tampoco soporta condición, excepto la de que si se lleva a cabo la electio se produce y con efectos retroactivos la resolución del derecho del eligente, lo que por algunos se explica como condición resolutoria de la adquisición llevada a cabo por quien compró con reserva de elección de amigo.

65. Ha de hacerse, además, en las mismas condiciones en que la adquisición fué lograda y, por tanto, si se estipula un aumento de precio, se modifican los plazos de pago o se estipulan ventajas en favor del estipulante, se entienden producidas dos ventas y se deberá dos veces el impuesto de transferencias (147). Así se decía en la costumbre de Artois y se dice en las leyes de la Convención francesa de 5-19 Diciembre 1790 y 13 Septiembre, 16 Octubre 1791.

66. Otra cosa distinta es si ha de hacerse la elección gratuitamente, o si consiente el que el commandé perciba una remuneración. La citada coutume de Artois exigía que la designación fuera gratuita, pero no falta quien,

(147) Cfr. BUTTOENBACH, op. cit. pág. 251.

como el Diccionario de Dalloz (Voz Enregistrement, n.º 2580), sostenga que la gratuidad es compatible con el carácter remunerado que puede tener el mandato, e incluso cabría el que el vendedor pudiera intervenir para consentir y convalidar estas modificaciones con su aceptación (148) aunque, en este caso, entiendo que, con respecto al Fisco, ya que no para el derecho civil habría dos ventas y de consiguiente que satisfacer dos impuestos de transferencia.

D. La llamada electio amici sucesiva.

67. *Caso de designación de amigo después de haber designado a otro que no aceptó.* 68. *Puede el amigo designado, designar, a su vez, otro amigo?*

67. Plantea dos hipótesis, a saber, si el electus puede, a su vez, elegir y si el eligente que designó a un amigo no aceptante puede dentro de plazo, designar a otro como command.

Esta segunda designación por el eligente dentro de plazo una vez fallida la primera, por la no aceptación por el designado es tomada en consideración y contestada en sentido afirmativo para el supuesto de eligente que no obrara en virtud de un previo encargo, porque en el caso de exhibición de un mandato anterior, cuando el mandante no aceptase, no podría designar a otro, pues no se puede ser mandatario de varias personas con intereses

(148) Cfr. TROPLONG, Vente, loc. cit n.º 72; DALLOZ, *Dictionnaire*, voz Command, núm. 221, donde se cita una Sentencia de Agen de 22 Mayo 1832, pleito de Fecat: Lo que se compadece perfectamente con muchas de las finalidades que se logran con la reserva de elección de amigo, ad ex. el negocio de los especuladores de terrenos.

opuestos. Mas si actúa pro persona nominanda, entonces cabe que, elegido uno que rechazó, se proceda, dentro de plazo a designar a otro que acepte (149).

68. La electio realizada, a su vez, por el electus, aunque fuera hecha dentro de plazo se estima como doble venta. Así lo declaró la sentencia de tribunal de casación francés de 22 Agosto 1809 que revocó la que en contrario había dictado el Tribunal de apelación de Dijon (150). En el mismo sentido la ley de 22 Frimario del año VII que tomaba en consideración el caso del Procurador que designó a persona de quien carecía de poder, la cual no podía aceptar esta designación con reserva de designar amigo. En cambio si el Procurador rematante se adjudicó el bien vendido con la reserva de elegir command, como el Procurador forma con su cliente una sola persona judicial, su representado, de quien exhibe el poder podrá hacer designación de command (151).

E. La electio amici per relationem.

69. Designación por un tercero distinto del estipulante.

69. Consiste en si puede dejarse al arbitrio de un tercero la designación del amigo. Dice Enrietti (152) que la licitud de tal manera de proceder no se planteó históricamente, ni en la actualidad, pero cita un pasaje de

(149) Cfr. DALLOZ, *Dictionnaire*, voz Enregistrement, núm. 2544. donde se cita la opinión de HENRIOT DE PANSEY, voz Election d'amí, de su *Repertorio*.

(150) Cfr. MERLIN, *Repertoire*, voz Command.

(151) Así lo declaró la sentencia de casación francesa de 24 Abril 1811.

(152) Op cit. págs. 363 y 364.

Casaregis (Discursus, V) que admitía el seguro marítimo por persona a designar o designada por ésta. A lo que podríamos añadir el caso que cita Cancer (153) de encomendar a otro que designe la persona del donatario entre una clase social o un círculo de personas (pobres, soldados, estudiantes, etc.). Pero estos casos mas bien difieren del contenido propio del contrato que estamos estudiando. Enrietti, con referencia al derecho italiano actual, admite la posibilidad de esta manera de actuar.

F. Forma de la electio.

70. *Tránsito de la libertad de forma a formalidades rigurosas.* 71. *Modo de cumplir la notificación a la administración.*

70. En un primer momento no se exige ninguna forma particular para la declaración de amigo, la cual podía llevarse a cabo, incluso tácitamente (153 bis), cuanto más oralmente (154) o en cualquier otra forma. Pero después y como medida precautoria para evitar fraudes fiscales se exigió un documento con fecha cierta (155) con lo que llegamos a las leyes de la Convención que disciplinaron esta materia, si bien ellas también tienen carácter fiscal. Así el art. 68 paragrafo 1 de la ley de 22 Frimario del año VII dice: «las declaraciones o elecciones de

(153) *Variarum Resolutionum*, I, 8, 192.

(153 bis) Cfr. CASAREGIS, *Discursos legales de comercio*, I, disc. V: non negamus tamen quin praedicta exclaratio personae tacite fieri possit.

(154) Cfr. REYMOND, op. cit. págs. 89 y 152.

(155) BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux*, núm. 20; DENISART, *Repertoire du droit*, París 1761, voz Command.

command o de amigo cuando la facultad de elegir un command ha sido reservada en el acto de la adjudicación o el contrato de venta y la declaración se hace por documento público y es notificado en término de veinticuatro horas de la adjudicación o del contrato, están sometidos al impuesto fijo de un franco». Lo cual se repite en la ley de 28 Abril 1816 (156).

Suple a la reserva e incluso a la notificación a la Administración la indicación hecha en el mismo contrato de venta llevado a cabo en las veinticuatro horas (157).

71. La notificación, dice Buttgenbach (158), se hace por la presentación de la declaración de amigo en la oficina del impuesto de registro (se refiere al de transferencias) o por su notificación por medio de oficial público, a cuyo medio sólo se acude cuando no es posible la entrega del documento en la oficina del impuesto por estar ésta cerrada.

(156) Art. 44, n.º 3: «Estarán sujetos al impuesto fijo de tres francos las declaraciones o elecciones de command y de amigo, cuando la facultad de elegir un command ha sido reservada en el acto de adjudicación o el contrato de venta y que la declaración se haya hecho por documento público y notificado dentro de las veinticuatro horas de la adjudicación o el contrato».

Cuando la declaración y notificación no se hacían por documento público o no se producían dentro de las veinticuatro horas, en vez del impuesto fijo, estaba sujeto al impuesto proporcional, además del impuesto fijo (art. 52).

(157) Cfr. DALLOZ, *Dictionnaire*, citado, voz Enregistrement, núm. 2569: siempre que el contrato tuviera forma auténtica y se entregara en las veinticuatro horas a la oficina gestora del impuesto de registro.

(158) Op. cit. pag. 239.

G. La aceptación del electus.

72. *Forma de la misma cuando es necesaria.*

72. Cuando es necesaria la aceptación puede llevarse a cabo sin sujeción a forma alguna, conforme al texto últimamente citado de Casaregis (159). Tampoco exigen forma a la aceptación las leyes francesas de 13 Septiembre-16 Octubre 1791. La ley belga de 9 Febrero 1818 y la de 31 Diciembre 1819 sobre venta de bienes nacionales exigen que la aceptación se haga en la propia acta de subasta, o por documento auténtico depositado dentro de los quince días de la adjudicación en la oficina de la administración de bienes nacionales. Y el Real Decreto de 22 Agosto 1867 sobre venta de bienes de la Iglesia Italiana exige, igualmente que la aceptación se haga en los autos de la subasta, o mediante documento público o con firma autenticada por medio de Notario.

H. ¿Quién puede ser designado en la electio?

73. *Capacidad del amigo electo.* 74. *Designación del vendedor o del propio estipulante.*

73. De acuerdo con lo que hemos explicado de que la elección produce la otorgación de la consideración de contratante desde el momento mismo del contrato, esto es, con efectos retroactivos hasta tal momento, resulta lógica la postura de Pothier, antes recordada (160), que

(159) Ver también FOUCAULT, op. cit. pág. 61

(160) *Vide supra.*

es la misma de Dumoulin (161), aunque ambos ponen la misma exigencia partiendo de la misma explicación del contrato que estudiamos, a saber la teoría del mandato. Si el eligente obraba en base a un mandato anterior, o existente, o presunto, era necesario que el mandante hubiera tenido capacidad para dar el encargo de adquirir para él en el momento mismo del contrato.

Pero la explicación del mandato no era recibida satisfactoriamente y, por otro lado, la admisión de las estipulaciones en favor de tercero que fuera una persona incierta o aún no nacida (ya fuera persona física o moral) unido a la utilidad que la reserva de elegir command pudiera tener para designar a una persona jurídica inexistente en el momento mismo de la celebración del contrato, hicieron que prevaleciera la tesis que exponemos y que fuera aceptada por la jurisprudencia francesa del pasado siglo (162).

La persona que tuviera alguna incapacidad para adquirir determinados bienes directamente, tampoco podría adquirirlos por medio de un commandé, p. ej. el administrador los bienes de cuya administración estuviera encargado.

74. Galopin (163) con referencia al derecho belga dice que nada obsta a la validez de la designación como command del propio vendedor, pero entonces no habrá venta y por consiguiente ningún impuesto o derecho que grave la transferencia será debido.

(161) En su Comentario a los primeros libros de la Costumbre de París que tan reiteradamente hemos citado, Cfr. también DALLOZ, *Dictionnaire*, voz Enregistrement, núm. 2579.

(162) Sentencia del Tribunal de casación de 4 Diciembre 1865.

(163) En su *Dissertation* en el *Recueil general de l'Enregistrement* (belga), núm. 15-188.

Enrietti plantea (164) una cuestión académica al decir si sería posible la elección del eligente a su propio favor, pero este acto resulta innecesario para lograr el resultado de que la calidad de comprador permanezca en él, pues le basta con no hacer ninguna designación para lograr el mismo resultado de quedar obligado él mismo como contratante.

XV. Esfera de aplicación del contrato por persona a designar.

75. *Aplicación a los contratos onerosos o preparatorios.*

76. *Los negocios jurídicos intuitu personae.* 77. *El seguro de daños.* 78. *Inaplicabilidad, a pesar de ciertas semejanzas, a las enajenaciones.*

75. Por comodidad en la explicación y por ser lo más usado, hemos venido casi invariablemente hablando de la venta con reserva de declaración de amigo, pero esto no quiere decir que solamente se aplique este esquema negocial a la venta, sino que se aplica a otras figuras de contrato.

La evolución histórica nos enseña cómo la compra pro amico electo aut eligendo empezó en las subastas públicas y cómo más tarde pasó a las compras privadas (165). Pero existió siempre una tendencia a extender la aplicación del contrato por persona a designar a contratos distintos de el de compraventa. La extensión

(164) Op. cit. pág. 306.

(165) El conocido texto de FAVRE (Codex). Cujus inducendi juris ratio ex his primum venditionibus originem habuisse videtur, quae publicae sub hasta fiunt... Postea vero ad privatas quoque venditiones id jus tractum est.

coabraba importancia en los contratos que implicaban una transferencia como la constitución de censos, enfiteusis, concesión de feudos, de oficios y el arriendo del cobro de impuestos (166), aunque a lo que mejor se extendía la reserva de elección de command era al arrendamiento de cosas.

De la propia manera encaja perfectamente el mecanismo y finalidad del negocio que estudiamos en los contratos preparatorios como los de opción o promesa de venta o de arrendamiento, según vimos anteriormente y explica mejor que nada la evolución seguida por la institución en la Suiza francesa.

76. En cambio, en el arrendamiento de servicios o de obra hecha, cuando se hubieren tenido en cuenta las condiciones personales del contratante no podía usarse de la cláusula de reserva de elección de amigo. Esto mismo ocurría en cuanto a aquellos otros contratos o negocios jurídicos familiares en los que la consideración de la persona era primordial, p. ej., el reconocimiento de un hijo, la adopción.

Lo propio cabe decir de los contratos a título gratuito en los que la persona del gratificado es substancial. No creo que la hipótesis de Cancer (167) de designación por un tercero del donatario elegido entre una clase social determinada pueda configurarse como supuesto de contrato por persona a designar, porque falla la consecuencia

(166) Cfr. ENRIETTI, op. cit. pág. 250 y sigtes donde se cita a Cencio (De censibus Tractatus, pág. 168); RICHERUS, (Universa civilis et criminalis jurisprudentia, X, lib. III, tit. XVII, Cap. III paragr. 779); ALTIMARO (De nullitatibus contractum III, pág. 190). Cfr. también DE LUCA, en el *Theatrum* citado, tomos VII, disc. 29 y IV, disc. 26.

(167) En sus *Variarum Resolutionum*, I, 8, 192.

de resultar donatario el facultado para elegir, cuando no hubiera hecho la elección en el plazo indicado por el donante.

77. El seguro de daños, a pesar de que Casaregis (168) hable de la contratación del mismo por persona a designar, no puede entenderse aplicable en tal contrato, porque la designación arbitraria contrariaría la finalidad y mecanismo del seguro que es el cubrir un riesgo resarcido a quien experimenta un daño (169).

78. Scisca (170) admite la figura que estudiamos en las enajenaciones por persona a designar, pero nada de esto aparece que sepamos en los antecedentes históricos, pues la figura jurídica de la venta por cuenta de quien corresponda, bastante frecuente en el derecho marítimo, es solamente parecida a la del contrato que estudiamos.

(168) Ver el párrafo transcrito en la nota (130).

(169) Cfr. ENRIETTI, op. cit. pág. 216 y sigte.

(170) Op. cit. paragr. 15.

XVI. Algunas explicaciones históricas de la naturaleza jurídica del contrato por persona a designar.

79. *No se pretende agotar todas las explicaciones dadas históricamente.* 80. *La explicación suiza.* 81. *Los actos llevados a cabo in continenti.* 82. *Naturaleza declarativa de la electio.* 83. *Negocio fiduciario.* 84. *Similitud con la emisión de una letra de cambio.* 85. *Estipulación por otro.* 86. *Subrogación.* 87. *Condición resolutoria.* 88. *Cesión del derecho a recibir la tradición.* 89. *Actuación en nombre o por encargo de otro.* 90. *El eligente es un nuntius.* 91. *Teoría del mandato, o real, o presunto: Aplicaciones.* 92. *Representación.*

79. No pretendemos ni mucho menos agotar las explicaciones dadas históricamente de la figura jurídica estudiada, sino hacer una referencia a ellas, haciendo previamente constar que en un principio, la preocupación de los autores era la de lograr que se viera que en la designación del amigo no había una nueva venta y por tanto no se debían dos impuestos de transferencia, lo cual se lograba, con cierta agilidad echando mano de diversos expedientes, mas cuando se proyectó todo el esquema negocial sobre el derecho privado y se vieron las consecuencias que dentro de él traían los contratos por persona a designar, se comprendió la dificultad de la figura jurídica y no faltaron quienes dijeron que era contra derecho como el práctico Juan Faber o el



comentarista de la Coutume d'Artois, Maillart, citados por Merlin (171).

80. En Suiza se decía que el adquirente o adjudicatario adquiriría para sí y «pour son compagnon» y esto implicaba una idea de asociación. El electo era un coadquirente y en derecho feudal el copropietario no pagaba nunca laudemio, ni quinto por la compra de la parte de otro copropietario dado que se entendía no haber transferencia sino acrecimiento (172).

81. Se acudía, también, al expediente de considerar como formando parte de la estipulación principal aquellos actos realizados *in continenti*, por ejemplo la declaración de encargo o command en la misma acta de la subasta, la exhibición inmediata del mandato recibido del command. Es lo que expresa Pocquet de Livonnière, citado por Dumoulin (173) cuando dice que si la declaración de command se hace *in continenti* es considerada como una

(171) *Repertoire*, citado, voces Vente y Command.

(172) Cfr. FLATTET, op. cit. pag. 286; también la obra citada de REYMOND.

(173) En el citado comentario a la costumbre de París.

Y FONMAUR (en su *Traité des lods et ventes*, Lyon 1873, III, cap. VII, pág. 241), exige que la declaración sea hecha al tiempo del contrato, porque decidir de otro modo sería favorecer el fraude e introducir la arbitrariedad en la jurisprudencia a causa de las dificultades que se elevarán a propósito de la fijación del plazo y también porque la adquisición pura y simple en su nombre excluye toda presunción de compra por otro. Por lo demás, para no dejar ninguna obscuridad sobre la obligación de declarar el nombre *in continenti*, observaremos con la ley romana que los pactos hechos *in continenti* y al tiempo del acto se consideran que de él forman parte sin estar insertos en él. Es por esto por lo que el retracto efectuado en virtud de este pacto es inherente al contrato y como tal exceptuado de laudemio.

contraletra del contrato y el commandé no ha sido nunca propietario, sino un simple canal, por donde la propiedad ha pasado sin detenerse.

Y a esta doctrina alude Favre (174) al afirmar que aunque no *in continenti* sino en distinto tiempo y por contrato separado se haga aquella elección, sin embargo ha de entenderse un contrato, una venta y el derecho o cualidad de comprador no tanto se considera compete al que eligió como al que fué elegido.

82. En la misma línea de ideas de tratar de lograr que el contrato por persona a designar sólo fuera sujeto a un sólo impuesto de transferencia llevó a afirmar, habida cuenta de que estos tributos sólo gravaban las mutaciones patrimoniales, que la elección de amigo o la declaración de command tenían una mera transcendencia declarativa y por tanto al no ser traslativa de propiedad no estaba sujeta al pago de nuevo tributo, sino solamente el de venta del comprador al electo (174 bis).

83. Otra explicación es la del negocio fiduciario, porque el vendedor se entrega a la fe del comprador con reserva de elegir command. El fiduciario, mientras no cumple su encargo es considerado como heredero, aunque después sea sustituido, en tal condición, por el heredero a quien deben ir a parar los bienes hereditarios. Así en Francia y en Suiza, el que adquiere, con reserva de

(174) Op. et loc cit.: licet non in continenti sed distinctis temporibus contractuque separato ea fiat electio, unus tamen contractus, una emptio esse intelligitur, emptorisque jure non tam is qui elegit, quam qui electus est censetur.

(174 bis) Cfr DALLOZ, en el *Dictionnaire*, citado, voz Enregistrement, núm. 2549.

designar al amigo, es llamado *emptor fiduciarius* porque, como dirá Boyve (175) el verdadero adquirente se confía en la fe de quien adquiere para él. En la *Coutume de Bayona* (176) se lee que «le depost s'apelle command quasi restituendi fides interponatur, ut in fiducia». Y Maillart (177) dirá que el vendedor que ha aceptado la cláusula para el comprador o su *command* ha aceptado a éste: aunque le sea desconocido, ha aceptado la fe de su comprador; así pues, cuando el *command* es designado antes o al momento de la *saisine*, el comprador es liberado de todas las acciones a que estaba sujeto respecto del *command* el cual, por medio de la declaración, queda subrogado en el lugar del comprador, por el consentimiento del vendedor, el que, por esta cláusula, viene a contratar con una persona que no conoce.

Esta explicación de Maillart viene a ser tanto como decir que el fundamento del contrato por persona a designar reside en la autonomía de la voluntad: el designado solamente queda subrogado en el lugar del comprador por el consentimiento que a ello presta el vendedor.

84. No era raro encontrar en los autores del derecho común, como también se encuentran algunos modernos, que señalan la analogía entre el contrato que estudiamos y la emisión de una letra de cambio. Al obligarse en una letra de cambio girada a la orden, con quien primero se obliga es con esta persona, pero también, en virtud de la circulación de la letra, con todas las personas que puedan

(175) *Dictionnaire ou repertoire des matières curieuses*, 1719, pág. 11.

(176) Tít. III, art. 1.

(177) Comentario al art. 193 de la «*Coutume d'Artois*».

ser, en lo sucesivo endosatarios de la letra. Claro es que sólo hay un parecido, porque en la letra girada a la orden de una persona, ésta y los sucesivos endosatarios no desaparecen de la relación jurídica cambiaria, como desaparece el estipulante que designa al definitivo contratante. Pero esto no obstante, el Cardenal de Luca (178) explica el mecanismo de la letra de cambio recurriendo al contrato por persona a designar, afirmando que el electo no recibe su derecho del eligente, sino de aquel que aceptó la designación que se iba a hacer.

85. En los autores antiguos, Sudre (179), Gujot (180) o más modernos, como Toullier (181) se acude a la estipulación en nombre de otro, sin tener, de él, mandato, quedando obligado él mismo y prometiendo que el tercero ratificará. Explicación muy próxima a la que modernamente ha de darse emparentando el contrato estudiado con las estipulaciones en favor de tercero. El problema se planteaba cuando el estipulante no hacía la elección, o hecha ésta el electo no aceptaba la designación, porque la propiedad ya hemos visto que repugnaba el que quedara incierto su titular y para evitarlo, con la explicación de la estipulación en nombre de otro, no aceptando éste, quedaban los efectos del contrato en cabeza del estipulante (182).

86. La ley francesa de 13 Septiembre, refundida en la

(178) Decisiones, 19, 20, 13: persona nominata jus summa metiri dicatur non a nominante sed ab eo qui nominationem faciendam injunxit.

(179) En sus notas al Boutaric, *Des lods*, paragr. 2, núm. 27.

(180) En el *Traité* citado, Du Quint, Cap. XIV, núm. 15.

(181) *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tomo VIII, núm. 170.

(182) Cfr. DALLOZ, *Dictionnaire*, citado, «voz Enregistrement», núms. 2541 y 2542.

de 16 Octubre 1791, da, a su vez, la propia explicación del contrato por persona a designar, diciendo, en la exposición de motivos, que el fin de la ley sólo era el de unificar el plazo de ejercicio de la elección de amigo que variaba mucho en las distintas regiones, pero que los efectos del negocio quedaban «abandonados al derecho común por el que la ley los supone ya regulados. Únicamente saca de las reglas precedentes del derecho común, en esta materia, la consecuencia de que tanto para los bienes nacionales, como para los de propiedad privada, aquel, en provecho del cual ha sido hecha y la ha aceptado, una declaración de comand, en el plazo que la ley fija, queda de pleno derecho subrogado en el lugar del adquirente». Y el texto legal dirá que «toda persona, en provecho de la cual, dentro del plazo de seis meses de la adjudicación de bienes nacionales, en virtud de las reservas y en las mismas condiciones que, en ella, estuvieran estipuladas, haya sido hecha y la haya aceptado una declaración de command o de elección de amigo recayente sobre todos los bienes comprendidos en tal adjudicación, quedará de pleno derecho subrogado en el lugar del adquirente que haya hecho esta declaración o elección de amigo y pagando a la Nación el precio de tales bienes, no podrá ser buscado (recherché) ni perseguido sea hipotecariamente, sea de otro modo, por quienquiera que sea, por razón de tal adquirente» (183).

87. En pocos autores antiguos se encuentran indicios y desenvolvimiento de la teoría que modernamente

(183) Conforme hemos visto en toda la exposición que vamos haciendo de la evolución histórica del contrato que estudiamos, nada hay de tal idea de subrogación del designado en el lugar del estipulante, por lo que cabe decir que es una explicación nueva.

ha de ser muy seguida, a saber, la de la condición resolutoria del derecho del eligente y suspensiva de la adquisición por el designado (184).

88. En cambio mucha importancia tuvo la doctrina de la transmisión del derecho a recibir la tradición, en los países de Nantissement. Hemos desarrollado, en otro lugar (185), cómo en los siglos medios y modernos se mantenía que del pacto perfecto solamente nacía un jus ad rem y que para consumir el pacto era necesaria la entrega de la cosa, con la cual surgía el jus in re. Pues bien aplicado esto al contrato por persona a designar origina la explicación de que en él la *electio* no es más que la cesión del derecho a recibir la tradición. Merlin (185 bis) explica que en las Coutumes de Nantissement es de regla que entre dos adquirentes de una misma finca el que primero ha tomado *saisine* de ella debe ser preferido sobre el otro, aunque haya comprado después que él, pero en cambio no ocurre así con la declaración de *command*, porque la diferencia está en que el propietario no cede por el contrato más que su derecho a la cosa, jus ad rem, reteniendo el jus in re, hasta que el contrato tenga las formalidades del nantissement, pero el que ha adquirido con la reserva del *command*, una vez hecha la declaración no tiene ni derecho a la cosa, ni al contrato, pues se presume haber obrado en nombre del *command* (186).

(184) Cfr. ENRIETI, op. cit. pág. 115, nota 58, donde cita a Gratiano, Riminaldo, Vecchio y Ferreto.

(185) Cfr. *mi Justa causa traditionis*, en la «Revista crítica de Derecho Inmobiliario», 1934.

(185 bis) En el Repertoire, citado, voz *Command*.

(186) En tal sentido una sentencia de Douai de 23 Diciembre 1773.

Con más precisión explica el funcionamiento de la tradición en los contratos por persona a designar el profesor de Lausanne, Flattet (187) al señalar que en el antiguo derecho la venta hacía nacer, en provecho del adquirente un derecho a la transferencia de la propiedad. Este derecho era transmisible a los herederos y cesible entre vivos; bastaba con señalar al vendedor la persona del cesionario, para que se verificara la transferencia de propiedad a su favor, y como no había más que una transmisión de la propiedad, no se debía más que un impuesto. A principios del XVII dió esta explicación el cardenal Manteca (188) y renació en el siglo XVIII, aunque quedara obscurecida por la teoría dominante.

89. La explicación que prevaleció fué la del obrar en nombre o por encargo de otra persona. Porque, en realidad, hay aquí un grupo de teorías: las que ven en el estipulante un nuntius del designado, los que ven en él un mandatario y finalmente los que acuden a la teoría de la representación que, aunque no conocida con toda integridad y precisión la doctrina que separa la representación del mandato, que tiene una procedencia más moderna, no obstante se encuentran en los textos antiguos claros indicios de la diferencia entrevista entre la representación y el mandato no representativo.

90. Que el estipulante es un mero nuncio del designado se observa en la terminología usada para explicar la intervención del estipulante que designa al amigo. Recuér-

(187) Op. cit. pág. 282.

(188) En sus *Vaticanae Lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, Roma 1610, libro IV, tit. XXII, núm. 9-16.

dese lo que dijimos anteriormente de que el estipulante era designado como *semplici organo seu instrumento*, o como *nudus minister* o *merus executor*, o bien se dice que la adquisición se logra a través del «canal» del estipulante (189).

91. Pero donde la coincidencia de pareceres se produce de forma abrumadora y donde logramos ver más trabajada la materia es con la teoría del mandato. Ya en la misma terminología de *command* se encuentra la idea de un encargo por parte del *commandé*.

La teoría del mandato era doble, o exigía la presentación de un mandato de fecha cierta anterior a la compra o presumía el mandato. Pothier (190) estima que el Señor no podría reclamar más que un solo derecho de quinto a condición de que: 1) la declaración de *command* se haya hecho en el tiempo fijado en el contrato; 2) que este plazo sea muy corto para evitar las retrocesiones; 3) que la persona, en provecho de la cual se haga la declaración, haya sido capaz de dar el encargo de adquirir para ella al momento del contrato; 4) que el comprador no haya hecho actos de propietario antes de la declaración y 5) que la declaración sea pura y simple.

(189) Ver los pasajes que se insertan en las notas (71) a (75).

(190) *Coutume d'Orleans*, edición de Bugnet, pág. 81 donde también se dice que el problema para saber si se debe uno o dos derechos de quinto consiste en determinar: 1.º Si el comprador aun no habiendo declarado en el acto de la venta comprar para sí o para un tercero aporta un poder de fecha cierta en el día de la primera venta o anteriormente. 2.º Si, en las mismas condiciones, la declaración de *command* es hecha *in continenti* porque los pactos hechos *in continenti* se incorporan al contrato. 3.º Si el comprador ha declarado en el contrato que compraba para otro aunque no aporte mandato del *electus* al momento de la declaración de *command*.

Dumoulin (191) enseñó que el adquirente debía mostrar, por documento auténtico, o de otra manera, la existencia de un mandato anterior. Y así entendía que la nueva transferencia era o causaba resolución de la primera en virtud de una causa antigua y necesaria y que la adquisición que hizo el tal mandatario, aunque la hubiere hecho para sí, sin embargo, habida cuenta de la sutileza del derecho, no la hizo para sí, sino para el mandante, como consta tanto por lo acaecido, cuanto por el mandato precedente.

La demostración del mandato, por vía de presunciones, fué extendida con gran generosidad. Porque la exhibición de un mandato podía ser suficiente a lograr el fin pretendido, aunque constara que su fecha era posterior a la adquisición con reserva de elección de amigo. Es Voet (192) el que mantiene que «incluso, no está en nuestras costumbres exigir un mandato por documento auténtico, pues sería fácil a todos fingir en un documento privado que el mandato era anterior a la venta, antedatándole. Y además si se comprueba que el mandato es más reciente que la venta, no se deduce, sin embargo, legítimamente que haya en ello doble venta: cuando desde el principio alguien declara que adquiere para sí o para un tercero incierto, no quiere obligarse como comprador».

El feudista Gujot (193) no exige la prueba de que, de

(191) Ver el párrafo de la nota (47).

(192) En su comentario a las Pandectas, n.º 34.

(193) En su *Traité des Fiefs* cit. cap. IV págs. 265 y sigtes.

El supuesto de designación de quien no haya dado poder y que no acepte su designación podría ser explicado, en el efecto de quedar obligado el eligente por aquel principio de que habla ANSALDO (*De commercio e mercatura*, discursus legales, Colonia 1761. rubrica al discurso XXX): *Asserens mandatum habere contrahendi pro altero remanet obligatus.*

hecho, haya o no podido dar el mandato y así es válida la declaración en favor de persona desconocida del eligente al momento de la venta. Estima que si la reserva de comprar para sí o para un tercero está hecha al llevarse a cabo el contrato y si el nombre del amigo es dado dentro del plazo fijado por éste, tal declaración es eficaz, porque no se debe profundizar más y establecer una especie de inquisición.

Esta teoría del mandato desplazó a la de la cesión del derecho a recibir la tradición, pues en contra de la regla romana y también de derecho feudal, según la cual la tradición consumaba la transferencia de la propiedad, no obstante tenía una excepción en la doctrina del mandato aplicada al contrato por persona a designar.

Porque Dumoulin exigió, cuando no había exhibición de mandato anterior que la elección se hubiere llevado a cabo *rebus integris*, esto es sin que el eligente hubiera realizado actos de propietario, porque éstos presumían la inexistencia de un tal mandato. No vamos a volver sobre la manera de interpretar la integridad de las cosas (*rebus integris*) (194), pero sí a decir que, aun no estando las cosas íntegras la simpatía con que era mirada esta modalidad contractual hizo que aplicando el mismo expediente usado por Dumoulin, se sostuviera que era necesario ver en qué concepto tales actos de propietario habían sido llevados a cabo, porque puede haberlos llevado a cabo en el mismo concepto en que adquirió la cosa, es decir, en nombre del amigo electo (195). Vemos, por tanto, una

(194) Véase anteriormente.

(195) Cfr. MERLIN, en su *Repertoire*, voces *Command* y *Vente*: Por cierto que Merlin se citaba a sí mismo en apoyo de tal tesis en el recurso de casación que mantuvo y logró éxito en el pleito entre los herederos de Lavillaudraie y los de Prevôt Saint Cyr.

nueva aplicación de la idea de mandato para explicar el porqué de la admisión de la *electio amici*.

Pero la idea de mandato aplicada al contrato con reserva de elección de amigo, planteaba el problema de la transmisión de la propiedad al electo. Actuando el estipulante con mandato previo podía ocurrir que lo exhibiera, en cuyo caso ninguna duda existía de que tal exhibición hacía contratante al electo y la propiedad pasaba a él. El problema se planteaba cuando, aun teniendo mandato previo, el eligente no lo exhibía ni designaba a quien le dió encargo. Entonces había dos soluciones que se disputaban la preferencia, a saber, o considerar que aun no usando del mandato, si éste existe, los efectos del contrato se producen en cabeza del mandante, o si, sencillamente, los efectos del contrato obligan al estipulante y sólo después, en virtud de la *actio mandati directa*, se pueda reclamar el traspaso de tales derechos y obligaciones del eligente al que le dió el encargo.

La primera solución prevaleció entre los mercantilistas italianos (196). Así podemos citar a Stracca (197) quien refiriéndose al que recibió mandato para comprar, pero adquirió en propio nombre, se consideraba, no obstante haber adquirido en nombre del mandante, lo que es usado entre mercaderes. Y la Rota Genovesa afirmará que hecha una adquisición en virtud de mandato, se considera inme-

(196) Cfr. SRAFFA, *Del mandato commerciale e della commissione*, Milán 1933, pág. 257 y sigtes. n.º 33: «La doctrina mercantilista italiana puede decirse que aunque no decididamente es favorable al principio de que entre las relaciones de mandante y mandatario la propiedad de la cosa comprada por éste pasa inmediatamente a aquél»

(197) Cfr. Summarium num. 9 de la glosa 1: «... *mandatum suscipiens de emendo merces, si nomine proprio emat, nomine mandantis emisse censetur quod est notandum inter mercatores.*»

diatamente adquirida la propiedad y la posesión para los mandantes, aun ignorantes (198). Mas esta decisión está contradicha por otras que sostienen que el mandatario quede sujeto a traspasar la propiedad al mandante, mas entonces Casaregis (199) opta por una cesión de acciones de las que el mandatario tuviera contra el tercero y de esta suerte podría el mandante dirigirse contra ese tercero armado con la lorica de la persona y derechos de comisionista (*indutus lorica personae et iurium comissionarii*).

Todo esto se enlazaba con el problema de si se puede suplir judicialmente el consentimiento de una persona, en este caso el traspaso de propiedad, o la declaración de

(198) Cfr. Decisiones Rotae Genuae de mercatura et pertinentibus ad eam, decs. 13 n.º 17: «Si de mandato emit cedentium, statim eis acquisiverit dominium et possessionem etiam ignorantibus».

Pero en otros sitios se mantiene lo contrario, esto es que no manifestado el mandato, es el mandatario el que adquiere derechos y obligaciones y sólo después, por un nuevo negocio se traspasan al mandante quien carece de acción contra tercero contratante, sino sólo contra el mandatario. Así en la decs. 67 n.º 1: «... ordinanti alicui quod mandet rem per tertium emi, tertius emens acquirit dominium et non mandanti. Mandatarius emens rem proprio nomine, tenetur actione mandati ad rem mandanti tradendam» Y en la decs 127 num. 8: «Nulla habita mentione mandantis dominium acquiritur ementi, non vero mandanti, sed bene mandanti competit actio ad rei restitutionem... qua praesumitur mandatarius in vim praecedentis mandati rem illam emisse».

(199) Invoca la jurisprudencia de la Rota Genovesa y dice (en sus *Discursus legales de commercio*, disc. 76, n.º 2): «Quando mandatarius simpliciter contrahit, non expresso mandato, adeo in eo radicatur contractus uti mandanti amplius contra tertium nulla competere possit actio».

A pesar de lo cual SRAFFA (op. cit en nota 196) sostiene que sólo Casaregis tiene explícito el principio de que el contrato concluido por el mandatario se entiende hecho a nombre del mandante, siempre que el mandato hubiese sido expreso. Y por esta razón, sigue, la propiedad de la cosa adquirida por el mandatario pasa al mandante, aunque no haya aquél contratado a nombre de su principal.

amigo del eligente a favor del electus, como puede verse en Scisca (200).

Pero prevalece la idea de las obligaciones derivadas del mandato como contrato bilateral que obliga a ambas partes: así en Dufresne y Hebert (201).

La idea del mandato proyectada del campo del derecho fiscal al civil planteaba nuevos problemas por ejemplo el que anuncia Dalloz (202) del eligente que hace una declaración de amigo a favor de persona que rechaza la elección y después, pero dentro del plazo estipulado hace otra designación. Esta segunda designación es válida, incluso a los efectos de la exoneración del segundo tributo, pero va en contra de la teoría del mandato, porque no se puede ser simultáneamente mandatario de personas con intereses contrapuestos. Por cuya misma razón se planteaba el problema de la licitud de la designación de un colicitante no rematante (203).

Otro problema relacionado con la doctrina del mandato es el de la capacidad del electus para dar el encargo

(200) Op. cit en nota (41).

(201) En sus comentarios citados a las Coutumes d'Amiens y d'Artois.

(202) En el *Dictionnaire* citado, voz Enregistrement. núm. 2544 donde se cita el Repertorio de Henriot de Pansey (voz Election d'ami) según el cual se sostiene universalmente que la retrocesión está liberada de laudemios siempre que aparezca la intención del adquirente de no adquirir para sí. No se va más allá, no es preciso mandato anterior, ni es incluso necesaria la presunción del mismo

(203) Una decisión del Consejo de Malinas de 22 Noviembre de 1566, determinó que nadie podía ser encargado de licitar por más de una persona ni de licitar para sí estando encargado de licitar para otro.

Cfr. también DALLOZ. *Dictionnaire* citado, voz Enregistrement número 2545, donde se expresa la doctrina admitida de la posibilidad de designar a un colicitante, en cuyo supuesto dice tal diccionario que no sirve la explicación del mandato.

al momento de la celebración del contrato, en el cual según la presunción de mandato, debería tener capacidad para dar el encargo de adquirir. Pero esta manera de discurrir que se produjo en algunos, iba en contra de la eficacia y posibilidades de la compra pro persona nominanda, es decir, en favor de persona no conocida ni del eligente en el momento de la celebración del contrato de compraventa. Pero ya hemos visto anteriormente cómo en el Tribunal de casación francés prevaleció la doctrina contraria de que podía convenirse válidamente el contrato estudiado, aun en favor de persona desconocida o incluso no existente en el momento de estipularlo, por ejemplo una persona jurídica aún no constituida (203 bis).

La aceptación del electo exigida por la ley francesa de 13 Septiembre-16 Octubre 1791, por el Código de procedimiento civil francés (arts. 707-709) y por algunos textos anteriores como el acta de notoriedad de 19 Marzo 1727 del Consejo de Artois. Mas esta idea de aceptación es contraria a la de mandato, porque existiendo éste no es precisa la aceptación del command, la cual va implícita en el mandato no revocado. Y nada digamos de la repudiación de su designación como amigo o command, por aquel mismo a quien se dió encargo de actuar en nombre nuestro.

No obstante todo esto, la explicación por el mandato sigue gozando en la actualidad de predicamento (204) si

(203 bis) La sentencia del Tribunal de Casación francés de 4 de Diciembre de 1865 no exige siquiera que exista la persona que sea designada como amigo al momento de celebrarse el contrato, sino sólo al de la designación.

(204) Cfr. SCISCA op. cit. paragr. 6 y ENRIETTI op. cit. quien defiende que es un contrato hecho por representación y por tanto que no es aplicable a aquellos contratos que no soportan representación.

bien no logra explicar el porqué el mandatario que no hace o que hace irregularmente su declaración de command queda obligado personalmente.

92. Todas estas disquisiciones doctrinales en torno a la aplicación de la teoría del mandato al esquema comercial del contrato por persona a designar van involucradas con los supuestos de Procuradores licitantes en subastas. Así no es raro que se hable de la representación de ciertos mandatarios, precisamente estos Procuradores y cabalmente, como hemos visto (205) esta idea de representación tenía sus reflejos en la distinta postura que frente al contrato estudiado tiene el mandatario simple y el mandatario apoderado.

El contrato a favor de persona por designar bien merece que se le estudie echando mano de la dogmática moderna, que en cuanto ha sido posible hemos eludido, dando al presente trabajo un carácter de estudio histórico que Dios mediante pueda servirnos de hito inicial para un estudio más completo, proyectado sobre el derecho actual en general y sobre el español en particular.

(205) Véase lo que decimos anteriormente de las diferencias entre los mandatarios que actúan en un contrato a favor de persona por designar y los Procuradores que licitan en las subastas.