

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

*Nota Crítica Contrato por persona a designar(\*) (211)*

**1. ANTECEDENTES**

En los contratos de compraventa en general antes de otorgarse la escritura - y en los de opción o promesa de venta, no es raro encontrar la fórmula de que se vende o promete la venta al otro estipulante "o a la persona que ella designase"(1)(212). No es nueva, aunque nuestra antigua práctica no parece que normalmente la utilizara(2)(213). Se empleaba, como hoy se emplea, con una doble finalidad: para preparar la adquisición por un tercero que quiere permanecer oculto y, sobre todo, para evitar los dobles derechos (laudemio, quinto feudal) e impuestos (alcabalas, derechos de mutación) debidos a los censualistas, a los señores y al Estado, en caso de doble venta. Este origen explica que la doctrina se preocupase, ante todo, de fijar cuando había dos ventas, una la entre el vendedor o promitente (P) y el que con él estipuló (E) la reserva y otra la celebrada por el estipulante (E) con la persona por él designada (D), y cuando por el contrario se trataba de una sola venta, es

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

decir, de una venta celebrada por P con D por medio de E. Desde bastante pronto se advirtieron los graves problemas técnicos que suponía tal reserva, pero sólo modernamente se le ha dedicado la atención de hacerle objeto de especiales estudios monográficos(3)(214). Parece ser que los comerciantes genoveses y, en general, los italianos, gustaron de utilizar en sus compras la cláusula de que adquirirían "por persona nominanda"(4)(215). Lo antiguo y arraigado de este uso, explica el especial interés que ha mostrado la doctrina italiana por tal figura jurídica y el que en el Código Civil italiano haya sido especialmente admitida y regulada (artículos 1401 - 1405). En España, últimamente, se utiliza por los prácticos y se le ha considerado como cuestión digna de particular estudio. Por esta razón, parece oportuno y de posible utilidad exponer la reciente construcción elaborada por Enrietti sobre el contrato por persona a designar, para luego examinarla críticamente(5)(216).

## 2. LA TEORÍA DE ENRIETTI

Concepto. - Advierte, ante todo, que la figura jurídica del contrato por persona a designar se basa en una larga tradición, que le da propia fisonomía, con propios caracteres y presupuestos, que han sido acogidos por el legislador en el Código Civil italiano de 1941 (págs. 2 - 3, 138); por ello, dedica especial atención al derecho común (págs. 29 - 57). De éste partirá para definir la figura como centrada en que, de acuerdo el vendedor (utiliza como ejemplo la venta) con el comprador (E) "se reserva éste el sustituirse a sí mismo, con acto sucesivo "pero con eficacia retroactiva (ex - tunc) otra persona" (pág. 138; in extenso, pág. 76). Enumera y critica las distintas teorías hasta entonces sostenidas (págs. 95 y sigs.) y, en fin, presenta su propia construcción.

Pluralidad contractual. - En el contrato por persona - a designar hay, dice, dos estipulaciones, dos negocios, dos contratos. El estipulante hace dos declaraciones de voluntad distintas y ellas son aceptadas por el promitente, "una en nombre propio y otra en nombre ajeno", o más precisamente, "debe decirse que el promitente contrata aquí a la vez con el stipulans y el eligendus (pág. 142). Pero, añade, el nacimiento de las dos relaciones (P - E y P - D) no son "fenómenos autónomos", sino que han de considerarse como coeficientes de un "fenómeno indivisible, en vista de su idéntica función, que es la de tener escondida a todos, durante cierto tiempo, la persona del verdadero adquirente" (pág. 146).

Contrato entre promitente y estipulante. - El contrato entre P y E es un contrato sometido a condición resolutoria; la condición es la designación de la persona (electio amici), por lo que estando a la voluntad de E se tratará de una condición potestativa. El negocio entre P y E es desde un principio perfecto y eficaz, pero al ocurrir la electio, la relación P - E "desaparece del mundo del Derecho" (pág. 148).

Contrato entre promitente y designado. - El contrato entre P y D "se encuentra en la amplia categoría de los contratos cum incerta persona,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

pues la personalidad del eligendo puede ser desconocida al promitente y al estipulante y hasta no existir sin *rerum natura* (pág. 156). No hay, pues, un contrato existente desde el principio, ya que no puede hablarse de contrato, cuando uno de los sujetos sea incierto, aunque sea determinable (pág. 159). Será, por tanto, un "contrato de formación sucesiva" (pág. 163). Negando especialmente que pueda hablarse de negocio condicional porque las condiciones son "elementos extrínsecos al negocio" (pág. 168), "circunstancia futura e incierta que es extraña a la estructura del mismo negocio, mientras que en el negocio de formación sucesiva nos encontramos frente a uno o más elementos, que son ciertamente futuros e inciertos, pero que son elementos estructurales del mismo negocio jurídico" (pág. 171).

Precisa que este negocio es siempre contrato concluido por medio de representante (pág. 179), y que esta cualidad puede resultar de un poder o de la ratificación (pág. 180). Pero, en todo caso, la facultas *amicum eligendi* es un poder jurídico ("derecho formativo" a la vez creativo y de extinción) cuya peculiaridad está en que faculta para originar - un acto que viene a completar el contrato entre P y D(6)(217). Por ello, es lo mismo que E tenga o no poder de D; pues si carece de él y es necesario, por tanto, la ratificación, esto no significa que antes de ella el contrato entre P y D esté incompleto; está completo, pues reúne todos los elementos estructurales ya antes de la ratificación, en cuanto que no falta ningún elemento interno del contrato, sino sólo un mero presupuesto (la legitimación de E) (págs. 202 - 211).

En cambio, para la eficacia de la designación (*electio*) se precisa un requisito negativo, el de que E no haga antes ningún acto que evidencie su voluntad de adquirir definitivamente para sí mismo (pág. 266); esto ocurre siempre que constituya derechos a favor de terceros (página 267), pues es una manifestación tácita de voluntad en todo caso eficaz, aunque E no conozca o no quiera sus consecuencias (págs. 270 - 271).

Aplicaciones de la teoría - Enrietti entiende que su construcción servirá para resolver todas las cuestiones que pueda presentar la figura jurídica estudiada; por ello, probablemente, se ocupa con menos detenimiento de los problemas de aplicación. De entre ellos, interesa destacar los siguientes:

Admitido que hay dos contratos, celebrados a la vez, es lógico que se exijan para su validez la misma capacidad y legitimación, es decir, la necesaria para la plena eficacia del contrato en el momento de celebrarlo P y E. Sin embargo, acepta como excepción, en el supuesto de la *electio* ya cumplida, que basta para la validez del contrato la menor capacidad requerida para el representante, según el art. 1389 del Código Civil italiano (págs. 239 - 240).

La esfera de aplicación de la reserva es amplísima pues comprende a todos los contratos, sin más excepciones que las siguientes: se excluyen los negocios no patrimoniales (pág. 252); los patrimoniales en los que no se admite la representación, en los que es necesaria la determinación de la persona, sea por la infungibilidad de la persona en sí misma

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

considerada (por ejemplo: la donación) o por el elemento de fiducia que contiene (mandato), y, en fin, en aquellos en que no es conciliable con su mecanismo contractual (seguro) (págs. 253 - 255). También excluye que la reserva pueda ser hecha por el enajenante (pág. 258).

**3. ALGUNAS OBSERVACIONES A LA TEORÍA DE ENRIETTI**

El libro de Enrietti que nos ocupa, sea dicho de antemano, es un estudio que honra a su autor y del que puede enorgullecerse la ciencia jurídica italiana. Recoge gran cantidad de datos sobre la antigua y moderna doctrina de Italia, Francia, Alemania y Suiza, muestra envidiable ingenio en la crítica y en la construcción y es rico en puntos de vista originales, no sólo al elaborar su teoría sobre el contrato por persona a declarar, sino al referirse a otras materias más o menos conexas, riqueza de pensamiento que se desborda en largas y eruditas notas. Obra, pues, que merece el máximo aprecio intelectual, pero que defiende una construcción poco afortunada, útil quizá sólo en sentido negativo, al mostrarnos - a su pesar - lo poco fructífero de una dirección doctrinal.

Y antes de decir por menudo el porqué de esta conclusión, vaya la advertencia de que esta crítica no es el atrevimiento impertinente que puede parecer, pues si bien se hace de un libro extranjero sobre Derecho extranjero, ha de tenerse en cuenta como descargo que Enrietti fundamenta su construcción en el Derecho común, utilizando nuestros antiguos autores<sup>(7)</sup>(218), y que sus argumentos no están condicionados - o al menos sólo de modo secundario - por los textos legales italianos; de modo que su teoría puede ser aceptada o rechazada según puntos de vista generales, que parecen igualmente aplicables al Derecho español, al antiguo Derecho común y al actual Derecho civil italiano.

La unidad del contrato. - La clave de la construcción está en dividir el contrato por persona a designar en dos contratos. Dos son también las razones que se ofrecen para sostenerla: La primera, que la ley fiscal italiana (como la de otros países) dispone que si la designación del comprador no se hace dentro de los tres días de celebrado el contrato se someterá a nueva imposición la adquisición por la persona designada; pues, dice Enrietti, que esta doble imposición sólo puede justificarse si se considera que antes de la designación el comprador (E) fue ya un verdadero adquirente (págs. 70, 112, 113, 121). Este argumento no parece tan decisivo como cree el autor, porque

a) Si hubiera siempre una doble adquisición sucesiva (pág. 113), igualmente quedaría sin explicación el que no se pague impuesto si la designación se hizo dentro de los tres días (el comprador [E] sería igualmente adquirente).

b) Que las reglas civiles y fiscales tienen diferentes causa y finalidad, no siendo extraño que la ley fiscal adopte reglas mecánicas (sobre la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

probabilidad y la apariencia), que evitando las dificultades y dilación de la prueba sirven para limitar el peligro de fraude sin necesidad de tener que averiguar la realidad jurídica subyacente(8)(219).

La segunda razón son los antecedentes históricos: en los escritores del Derecho común dice que está ya la idea de las dos estipulaciones contraídas por E (comprador), una por sí mismo y otra por D (la persona a designar), adquiriendo ya E al contratar (págs. 43 y sigs., 111, 144). La habilidad con que el autor maneja los textos para llegar a esta conclusión es admirable, pero ello no obstante, no consigue convencer.

La fórmula clásica *emptio pro persona seu personis nominandis* y la cuestión que ocupa a los autores es la de determinar si E al comprar actuó o no como representante de D; si actúa como tal, la cláusula es eficaz y se admite que hubo y hay una sola venta, la de P y D, para la que E prestó su *nudum ministerium*; si al contratar E no era ya representante de D, la cláusula es ineficaz, hay una simple doble venta que se trató de ocultar con o sin fraude(9)(220).

Enrietti quizá no ha tenido en cuenta la clara postura de la doctrina antigua por haber dado una importancia decisiva a circunstancias secundarias, como son la de que el comprador (E) quedaba personalmente obligado si no hacía la designación y la de que se utiliza - posteriormente - para la reserva, la frase *sibi vel amico eligendo*, que es hoy la más usual. Pero ni una ni otra significan nada en favor del doble contrato. El que si E no designa por sí a otra persona, hacía que éste mismo quedase obligado, se justificaba de dos modos distintos (interpretando la voluntad contractual y a consecuencia de la culpa de E al no designar), pero coincidentes en el resultado y, precisamente, para evitar toda duda y para proteger al vendedor (P), generalizaron los prácticos la fórmula: "por mí o por la persona que yo designe".

Dividido el negocio en dos contratos, los reúne Enrietti en la función idéntica de ocultar la persona del verdadero adquirente (pág. 146). ¿Se postula con ello un nuevo tipo de causa (causa *ocultationis*)? No parece más convincente la soldadura que el corte. No hay verdadera ocultación, puede no haber nada que ocultar (sujeto no pensado o no existente) y cuando se quiera la ocultación no será ella fin común de las partes ni siquiera se pretenderá en todas las relaciones entre los sujetos. No puede hablarse con exactitud de ocultación - hay falta de designación de un sujeto, cuya terminación y significado dependen de la relación interna que en cada supuesto matice a toda la relación jurídica compleja. El contrato por persona a designar se consideró siempre como un solo contrato; ocurrió, es cierto, que con su fórmula se podía ocultar (al fisco o a los acreedores) una doble venta, pues el mandato podía antedatarse respecto a la segunda venta; fue para evitar procesos, a decidir por indicios y pruebas difíciles de fijar, por lo que para las leyes fiscales y el pago de derechos se establece la presunción de hecha por el representante la designación realizada dentro de un breve plazo. Se abría la posibilidad, pues, de dar eficacia de compra por representante a la que fuera en realidad una doble venta; concesión mínima, que se

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

amparaba en lo odioso de las exacciones(10)(221)y que se limitaba a este extremo(11)(222).

Para mantener la construcción del doble contrato, ha de ser Enrietti de nuevo infiel a su postulado de respeto a los principios del Derecho común. En este no se encontraba ninguna limitación al empleo de la reserva, y para aquél tiene carácter excepcional (pág. 361). De modo que, aparte considerarla no permitida en diversos negocios(12)(223), elimina hasta la fórmula clásica pro persona nominanda; puesto que no cabe el dividir en dos el contrato en el que se diga: "compro por aquel de mis hermanos a quien yo designaré", o "compro por mi principal o comitente que me reservo designar". Interpretación restrictiva que dejaría sin regulación legal a tales cláusulas y que, además, parece difícilmente compaginable con la letra del Código italiano(13)(224).

La relación entre promitente y estipulante. - El contrato entre P y E, dice Enrietti, está sometido a una condición potestativa. Si se admite esta clase de condición (como hace a su manera el art. 1355 del Código Civil italiano) ha de serlo con sus propios caracteres, o sea, dependiendo del mero querer de una de las partes (si volam); pero aquí los resultados del negocio penden además de uno de estos dos hechos ajenos a la voluntad del estipulante: existencia previa del poder conferido a E o aceptación de la persona designada (art. 1402 del Código Civil italiano)(14)(225).

Además, si se aceptan los postulados de Enrietti resultará difícil admitir que la designación del sujeto sea condición del negocio, pues la designación condicionaría la determinación del sujeto y no sería ya extraña a la estructura del negocio, caracteres de la condición según el autor (págs. 159, 171, 168).

En fin, parece imposible admitir que el negocio P - E esté todo condicionado resolutivamente, pues la facultas designandi nacida de este negocio no está condicionada, no se limita a resolver el contrato al ejercerse, ni se explica siquiera por la relación representativa entre E y D, pues liga desde la perfección del contrato (P - E) a P a estar y pasar por la designación que haga E.

La relación entre promitente y designado. - En verdad, si el contrato entre P y D ha de considerarse - como propone Enrietti- incompleto y dependiente de otra relación (la interna, que liga E a D), no habría motivo para no considerar del mismo modo in fieri al contrato entre P y E (dependiente también de las relaciones internas). Un negocio en el que un contratante (E) ostenta a la vez dos cualidades jurídicas entre sí contradictorias y excluyentes (para sí y no para sí, para otro y no para otro), no parece fácil que haya sido creado por un ordenamiento jurídico. ¿No parece más lógico que E contrata, pero con una cualidad aun no determinada, pero determinable? Cualidad jurídica (en nombre propio, como representante, etc.) que será fijada al descubrirse la relación interna de la cual se derive.

El contrato entre P y E es considerado, por Enrietti, siempre contraído por medio de representante (pág. 179). Pero, aunque el negocio hecho

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

por mandatario fuera la base y la justificación antigua de la figura, hoy no es posible una afirmación tan absoluta(15)(226). No cabe restringir su origen al poder y a la ratificación.

Para que sea posible la ratificación se requiere que una persona "contraiga como representante sin tener poder"(16)(227), mientras que para nuestra figura basta que una persona se reserve la facultad de nombrar sucesivamente la persona "que deba adquirir los derechos o asumir las obligaciones" (art. 1401 del Código Civil italiano), es decir, por quien no se manifiesta como representante.

Además, cuando la ley enumera los requisitos de eficacia no utiliza el concepto de la ratificación, sino el más amplio de la aceptación de la persona designada (art. 1402 del Código Civil italiano); conforme así con la práctica usual de la reserva, hecha precisamente en vista de una segunda venta. Y si se pretendiera (como hace Enrietti) confundir los términos de ratificación y aceptación, ello producirá otros inadecuados efectos(17)(228)que parecen especialmente graves en el Derecho civil italiano; pues con la ratificación se entiende queda convalidada la cualidad de representante(18)(229)y, ello puede suponer al designado (segundo comprador o aceptante) el deber de abonar los gastos hechos por aquél al realizar el negocio (art. 1720 del Código Civil italiano, art. 1729 del Código Civil español) y hasta los emolumentos que le pudieren corresponder por la mediación, ya que el Código Civil italiano presume la onerosidad del mandato (art. 1709).

La afirmación no calificada de que el negocio entre P y D es por representante pone en peligro la independencia de la figura, pues siendo ello así quedaría a resultas de una relación jurídica interna (E - D). Enrietti trata de evitarlo afirmando que el negocio hecho sin poder y aun no ratificado (sin designar tampoco al destinatario) está ya estructuralmente perfecto (págs. 204 a 211), concluyendo que el contrato entre P y D queda perfecto al hacer E la electio amici o designación (pág. 189). Mas así se origina una infranqueable dificultad. El contrato P - E se nos ha dicho que es contradictorio al contrato P - D y que será eliminado a la perfección de éste; perfeccionado ya en el momento de la electio, P - D debería inmediata y totalmente sustituir al contrato P - E. Sin embargo, lo mismo el Derecho común que el Código Civil italiano (art. 1402) deciden que no basta la electio, que la designación es ineficaz si E no tenía poder de D o si éste no acepta eficazmente; de modo que mientras esto no ocurra, ni queda liberado E ni pasan los efectos del contrato a D(19)(230).

Importancia de las relaciones internas. - El estudio hecho de la construcción de Enrietti nos lleva, como de la mano, a encontrar el modo de salvar las dificultades señaladas. Debe atenderse, como lo hiciera la antigua doctrina y como lo intentara la moderna (teorías de la representación, de la interposición, de la promesa de hecho ajeno, del contrato a favor de tercero) - aunque de modo parcial o incompleto - a la pluralidad de las relaciones internas posibles. Con lo que, de modo realista, se tendrán en cuenta los oficios para los que esta figura se

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

utiliza en la práctica. Para ello deberán considerarse las distintas situaciones que pueden ocupar cada una de las tres partes que intervienen.

Interés del promitente en la reserva. - En primer lugar, está la relación P - E, apenas estudiada por la doctrina. Que será muy distinta si se trata, por ejemplo, de una venta al contado o a crédito, de venta meramente perfecta o ya consumada. Si E recibe la cosa de P y le es pagada en el acto, ninguna dificultad pondrá P para que en el contrato se use la fórmula "por persona a designar"(20)(231). En el caso de que E no pague el precio y en que P no haya de entregar la cosa hasta su pago por D, P corre un doble riesgo: perder otra ocasión de venta provechosa y que E designe a un comprador mal pagador o insolvente. Pero, donde la situación de P cobra especial relieve es cuando se hace la venta a crédito; transmite la propiedad de la cosa y queda expuesto a que se le designe un deudor sin solvencia(21)(232).

Se pueden pensar causas distintas por las que P entregue la facultad de designar; aparte de la simulación (testaferro), podrá ser por causa gratuita (directa o indirecta) y por una especial relación de confianza (negocio fiduciario con mandatario o acreedor). El poder de E dependerá, pues, de esta relación interna, y a ella habrá que acudir para saber la situación jurídica de las partes (además del hecho de si D conoce o no la relación interna).

Interés del representado. - La relación E - D ha sido la más atendida, pues la antigua doctrina se ocupó exclusivamente de las dos posibilidades básicas (a la que pudiera añadirse la negotiorum gestio) de que E fuese mandatario de D y de que tratase de hacer una nueva venta, para excluir de toda especialidad a este último supuesto. En esta relación E - D lo que hoy más interesa es saber si cuando E contrata con P por cuenta de D, con poder suficiente, ¿basta él (sin necesidad de acudir a la cláusula) para que D adquiera directamente de P? Si ello fuera así, resultaría que en este respecto sería decisiva para la relación final entre P y D la relación interna E - D. Enrietti, por el contrario, afirma que son incompatibles las figuras del mandato no representativo y la del contrato por persona a declarar; señalando como razón decisiva, la de que si en base de un mandato no aparente se produjese el efecto inmediato de la transmisión de derechos entre P y D (art. 1706 Código Civil italiano, art. 1717 Código Civil español) resultaría inútil la reserva a favor de la persona a designar (págs. 81, 84 - 85). Pero, aparte de que la coincidencia no es incompatibilidad lo que ocurría en el Derecho antiguo, y lo que puede suceder hoy es que la cláusula de reserva sirva para facilitar y ampliar la eficacia de la representación indirecta u oculta (mandato no comunicado). La facilita en cuanto prepara la prueba de la existencia previa del poder; la amplía porque la relación directa entre P y D se extiende de la transmisión de bienes a la relación obligatoria, liberándose E de la vinculación respecto a P, en que si no se encontraría aun al descubrirse el poder (art. 1705 Código Civil italiano, 1717 Código

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Civil español). La misma designación puede, en este supuesto, ser útil cuando el mandatario haya recibido encargos iguales de varios mandantes para saber cuál cumplió o respecto de quién cumplió cada uno. La relación interna - al ser descubierta - domina y coteria los gestos de E; éste no puede, mediante una designación indebida, impedir (como ya efectuado) ni por sí destruir con eficacia retroactiva el paso de bienes de P a D; la reserva de la cláusula favorece la eficacia del mandato, pero no puede convertirse en un instrumento para defraudar al mandante de los beneficios que le concede la ley.

Por otro camino se ha ido a negar significación a la cláusula de reserva(22)(233). Es sabido que en la doctrina se acostumbra a separar de modo tajante la representación directa o abierta de la representación indirecta y oculta, diciéndose que aquella produce efectos inmediatos entre representado y representante y que ésta en ningún caso los origina(23)(234). Para la representación directa, según la concepción clásica del pandectismo, se requería la voluntad declarada del representante a la persona con quien contrató de obrar "en nombre de un determinado tercero"(24)(235). Mas la imposibilidad de obtener resultados justos respetando ambos postulados hizo que la doctrina en lugar de seguir el camino más claro y exacto(25)(236)- haya buscado un remedio empírico ampliando, hasta desnaturalizarlo, el contenido de la representación directa. Se dice primero que se obra in nomine alieno con tal que el otro contratante sepa que no se obra en nombre propio y, "dando un paso más"(26)(237), se entiende que es también representante abierto el que calla el nombre de su representado, por ejemplo, en la fórmula "reservada la designación del comprador"(27)(238). Un nuevo paso hacia adelante hace reconocer que tal reserva se debe - entender tácitamente incluida siempre que el tercero (P) no tenga "un especial interés en quien sea la otra parte"(28)(239). De este modo, parecerá natural concluir que la cláusula de reserva significa sencillamente un caso de ampliación de la representación directa(29)(240).

Pero si bien las conclusiones prácticas que de este modo se tratan de justificar son justas, la aplicación teórica es inadmisibles. La representación directa requiere ser abierta, que se conozca el representado. ¿Cómo aceptar como deudor a quien se desconoce? ¿Cómo establecer una relación jurídica directa con quien ni siquiera se sabe si existe? ¿Cómo derivar del poder la vinculación jurídica con el representado cuando se desconocen su extensión, sus términos y hasta su existencia?(30)(241). Es necesario para que exista la representación directa que sea posible establecer inmediatamente la relación directa, y ¿cómo será esto posible mientras no se levante el telón que oculta al representado? La verdad es que hay una representación indirecta, aunque especialmente matizada porque P se desinteresa de quién sea el otro contratante, y por ello proporciona la ampliación de su relación directa con D. La reserva indica que E puede ser un representante (como

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

si dice: "por mi principal, cliente o comitente") y la conformidad de P da a entender que está dispuesto a tratar con él en tal calidad aun antes de que designe al destinatario (porque sepa o crea saber quién es o porque le sea indiferente quién sea); advertencia y consentimiento que permiten, al descubrirse la representación, que ésta tenga efectos equiparables a los de la representación directa. Efecto derivado de la autonomía(31)(242), pero sólo mediatamente, en cuanto el consentimiento de P elimina el obstáculo básico (interés del contratante en conocer al representado) para la plena eficacia de la representación indirecta.

Independencia de la facultad de designar. - En los dos tipos de supuestos hasta ahora examinados, la facultad de designación no puede ejercerla E libremente, sino conforme a la relación interna que le vincula a P o a D(32)(243); a ellos puede agregarse un tercero, el de que E obtenga un poder de designación independiente, que puede ejercitar a su arbitrio y en propio beneficio.

El caso de siempre conocido es el de quien compra para revender y hace poner la cláusula de reserva para ahorrarse los gastos de una nueva transmisión(33)(244). Tal finalidad, en cuanto suponía defraudar al fisco, hizo que la figura de la reserva fuera mirada con desconfianza. Sin embargo, no puede sin más condenarse toda compra para revender; por ejemplo, es posible utilizar la cláusula de reserva para, que produciéndose los efectos contractuales entre P y D, eximirse E de responsabilidad por los vicios de la cosa vendida y del riesgo de insolvencia de D(34)(245). Además, es posible que P ponga sencillamente ese poder en manos de E(35)(246)

En tales supuestos, la facultad de E deriva inmediatamente de la relación P - E y ha de basarse en la autonomía de la voluntad: P concede a E la facultad para que designe quién ha de ser la otra parte contratante(36)(247). Pero faltando la relación interna (representación o fiducia) no es posible, a no ser por expreso mandato de la ley, que la persona designada adquiera los derechos y asuma las obligaciones que deriven del contrato con efecto real desde el momento que se celebró el contrato (ex tunc). ¿Contiene tal mandato el artículo 1404 del Código Civil italiano? Esto no parece ponerlo en duda Enrietti, y ello puede deducirse de la letra del precepto; pero también podría interpretarse en el sentido de que la retroacción de efectos será la que permitan las reglas generales del Derecho. En favor de admitir la eficacia real ex tunc en tal supuesto, está la especial condición económica de la compra para revender, ya reconocida jurídicamente en algunos extremos(37)(248); pero en contra podría alegarse que el Código italiano (separándose de todos los precedentes) deja en ilimitada libertad a las partes para que fijen el término en el que se ha de hacer la designación (art. 1402) y no parece probable que el legislador italiano permita que E, con este procedimiento, se reserve también (por ejemplo, por cien años) la posibilidad de librar lo que así haya adquirido de la acción de sus acreedores(38)(249).

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Capacidad. - La desmesurada extensión de esta nota aconseja prescindir de muchas observaciones de detalle y de estudiar despacio las consecuencias prácticas que han de obtenerse en cada supuesto, según sea el criterio teórico seguido. Una de ellas es indicada por Enrietti, la que se refiere a la capacidad de las partes; basta recordar sus conclusiones para advertir que acude en un caso (aplicación del art. 1389 Código Civil italiano) a las relaciones internas, y aun hubiera podido observar que si E es menor y D le había dado poder o ratificaba, el negocio no sería (según su teoría) plenamente eficaz, pues la electio afecta al interés propio del menor (pierde su condición de contratante y sus posibles ventajas), y por ello habría de considerársele anulable (art. 1425 Código Civil italiano). Esta dificultad desaparece atendiendo debidamente a la relación interna y reconociendo que E (mandatario menor de edad) no fue nunca contratante en nombre propio. Otros más graves obstáculos serían obviados siguiendo este criterio. Siendo E representante habría que aplicarle las reglas especiales de la representación (arts. 1390, 1391 y 1389 Código Civil italiano); si se trata de doble venta, la capacidad general y especial de D sería requerida sólo en el momento de aceptación(39)(250).

Conclusión. - Todavía, aunque resulte un tanto atrevido, se podría arriesgar una explicación al éxito poco satisfactorio del trabajo de Enrietti, no obstante el esfuerzo y el ingenio en él empleado, la de que se ha emprendido con un prejuicio, seguir la corriente que inicia la que pudiera llamarse segunda generación del pandectismo (mercantilista) y que aun es tan influyente en la doctrina moderna, la de atender sólo a las relaciones externas, abstrayéndolas (sin especial precepto legal) de las relaciones internas, que son casi o por completo ignoradas.

F. de C.