

Apuntes sobre el contrato por persona a nombrar

GIOVANNI F. PRIORI POSADA(*)

Profesor de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho y en la Maestría de Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

A.- Antecedentes.

A diferencia de la mayoría de las instituciones propias del derecho civil vigentes en nuestro sistema jurídico, el contrato por persona a nombrar no encuentra antecedente en el derecho romano, pues para él debía existir una identidad entre las personas que celebraban el contrato y las personas entre las que nació la obligación generada por él: "*inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur*". Dicho principio, que cobraba especial relevancia en materia de *stipulatio*, fue bastante rígido en el derecho romano hasta el punto de no admitir de manera general el instituto de la representación directa² ni el instituto del contrato a favor de tercero.

Es decir, para el derecho romano (y con mayor rigor en el derecho romano antiguo), los efectos surgidos de la celebración de un contrato recaían única y exclusivamente en quien había celebrado el contrato. En otras palabras, la identidad de los contratantes y de las personas entre las cuales surgían los efectos del contrato debía ser perfecta. En efecto, o decir de Arangio Ruiz, el derecho ro-

mano exige que la palabra creadora del negocio jurídico sea pronunciada por el propio individuo que es vinculado por él. Lo dicho se corroborará además con las siguientes citas de las fuentes romanas: "*Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur*"³; "*nec paciscendo, neque legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest*"⁴; "*proletera nullus est stipulatio, si ei dari stipulemur cuius iuri subiecti non sumus*"⁵.

En ese sentido, para los romanos el concepto de 'parte' no podía tener la doble acepción que tiene hoy en día para nosotros: es decir la distinción entre sujetos que celebran el contrato, y aquellos que son los destinatarios de los efectos mismo, distinción que a su vez se encuentra a la base de la distinción entre los conceptos de 'parte en sentido material' y 'parte en sentido formal'.

Zimmermann expresa que el principio conforme al cual "*legal effects would arise and exist only between the acting parts*"⁶ encuentra su justificación en el hecho que para los romanos "*(...) legal acts and their effects were seen as a unity, legal effects were not abstracted from the persons*

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster por la Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

1 BURDESE, Alberto. *Ateneo del diritto privato romano*. Utet, Torino, 1998. Pág. 341.

2 D. 45, 1, 83. "El negocio se contrata entre el que estipula y el que promete; y así, prometiendo uno por otro 'que éste dará a heró', no se obliga; porque cada cual debe prometer por sí (...)", JUSTINIANO. *Código del Derecho Civil Romano*. Traducción de Idelfonso García del Corral. Jaime Molinos: Barcelona, 1882.

3 Sobre la evolución del instituto de la representación en el derecho romano puede verse: PRIORI POSADA, Giovanni, "La representación negociada: del derecho romano a la codificación latinoamericana". En: *En el Veintiésimo. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. N.º 20. Año 10. Págs. 347 y ss.

4 ARANGIO RUIZ, Vincenz. *Instituzioni di diritto romano*. Jovene, Napoli, 1991. Pág. 46.

5 D. 45, 1, 38, 17: "Nadie puede estipular para otro, salvo si el esclavo estipula para el señor, o el hijo para el padre (...)".

6 D. 30, 17, 73, 4. "El pacto no es, ni imponiendo una condición, ni estipulando puede uno obligar para otro".

7 Gray 3, 103. "Es admisible sólo la estipulación si estipulamos que sea dado a aquél a cuyo poder no estamos sujetos". (Traducción libre).

8 "Los efectos jurídicos resultan y existen sólo entre las partes contratantes". (Traducción libre). ZIMMERMANN, Bernhard. *The law of obligations. Ataman Foundations of the Civilian Tradition*. Law and Taxation Publishers & Legal and Academic Publishers. Copenhagen, 1992. Pág. 34.

performing the formalities and could therefore not be made to originate in the person of independent outsider⁹.

Savigny explica la razón de la posición adoptada por los romanos afirmando que siendo las obligaciones una restricción de la libertad natural, solamente son protegidas por el Derecho en tanto las necesidades prácticas lo exijan imperiosamente. De esta forma, estas necesidades inducen solamente a consentir derechos a los contrayentes y no a los terceros¹⁰.

Por su parte, para Pacchioni la teoría romana que pone como límite que el contrato privado debía producir sus efectos entre las partes que lo habían concluido, da bautismo jurídico a un principio de ética social no sólo antigua y romana, sino –siguiendo sus palabras– también moderna y universal: al contrato conforme al cual cada individuo es el único y verdadero representante natural de sus propios intereses¹¹.

De esta forma, las propias fuentes expresan que: "Nadie puede, según arriba se ha dicho, estipular para otro: pues las obligaciones de esta clase han sido inventadas para esto, para que cada cual adquiera para sí lo que le interesa; y por lo demás, nada importa al estipulante que se dé a otro"¹².

Como el lector podrá apreciar, el escenario narrado hasta el momento no fue el más propicio para que surgiera el instituto del contrato por persona o nombrar; sino que hubo que esperar el transcurso de varios siglos para que este instituto viera recién su partida de nacimiento.

El contrato por persona o nombrar surge en Italia recién en la época del derecho común¹³, debido a la desaparición, en esta época, de las razones por las cuales el derecho romano hubiera podido excluir este instituto, y a la aparición de nuevas necesidades de orden práctico en la sociedad y comercio del nuevo período. En efecto, a decir de Enrietti¹⁴ las razones que determinaron el nacimiento y la difusión de este instituto fueron:

- Hacer posible y favorecer la participación de personas que poseían importantes medios económicos y una elevada reputación social en las ventas que se realizaban en las subastas públicas. Dichas personas participaban con bastante frecuencia en este tipo de ventas ya que disponían de los medios económicos para hacerlo y tenían un interés en adquirir los bienes que pudieran ser vendidos en estas subastas. Sin embargo, era importante para ellos mantener su reputación social en un doble sentido: el primero, evitar perder en la competencia de precios en la que intervenían cuando el bien era adjudicado a otra persona; y el segundo, evitar ser acusados de codicia o de maldad respecto al deudor cuyas bienes se estaban vendiendo¹⁵. Es por ello que estas personas comenzaron a utilizar a un comisionado a fin de que éste participara de este tipo de ventas, siendo en ese sentido el negocio fiduciario el antecedente del contrato por persona o nombrar¹⁶.

- Evitar el doble pago de tasas públicas a consecuencia de la doble transferencia. Si bien es cierto estos señores poseedores de grandes recursos económicos no querían que se les conociera en este tipo de ventas públicas razón por la cual otras personas actuaban en vez de ellos (aunque no en nombre ellos); tampoco deseaban que al momento en que estos comisionados cumplieran con transferirles el bien adquirido, fuvieran que pagar un doble tributo (siendo que ya lo habían pagado con lo primero transferencia). Es en ese sentido que se comienza a difundir la frase "adquiere por persona o nombrar", de forma tal que el nombramiento de esa persona tuviera efectos retroactivos, es decir, que se lo considere como si hubiere actuado al momento de la venta pública, evitando con ello que se produzca una doble transferencia de propiedad, lo que hubiera significado pagar un doble tributo.

En el plano legislativo, la regulación del contrato por persona o nombrar se inició con la Ley del 29 de diciembre de 1828 del Reino de las dos Sicilias.

9. "Los actos jurídicos y sus efectos eran vistos como una unidad. Los efectos jurídicos no eran obstaculizados de las personas que recibían las formalidades, y por lo tanto no podían originarse en persona aextraña". (Traducción libre). *Ibidem*.

10. SAVIGNY, *Federale* Carlo di. *Le obbligazione*. Traducción al italiano por Giovanni Pacchioni. UTET, Torino, 1915. Tomo II, Pág. 71.

11. PACCHIONI, Giovanni. *I contratti a favore del terzi*. Vallardi, Milano, Pág. 14.

12. I. 3, 19, 19.

13. CARRESI, Franco. *Voz: "Contratto per persona da nominare"*. En: *Enciclopedia del diritto*, Tomo XXXI, Págs. 129 y ss; y ENRIETTI, Enrico. *Voz: "Contratto per persona da nominare"*. En: *Massimo Digesto Italiano*, Tomo IV, Págs. 667-668.

14. ENRIETTI, Enrico. *Op. Cit.* Págs. 668-669.

15. En ese mismo sentido se manifiesta Carresi. CARRESI, Franco. *Op. Cit.* Pág. 129.

16. CARRESI, Franco. *Op. Cit.* Pág. 129; y ENRIETTI, Enrico. *Op. Cit.* Pág. 668.

17. ENRIETTI, Enrico. *Op. Cit.* Pág. 668.

Posteriormente es regulado por el Código de Procedimientos Civiles Sardo de 1859, el Código de Procedimientos Civiles italiano de 1865 y el Código de Comercio italiano de 1882¹⁸. La característica de la regulación en estas normas es que el contrato por persona a nombrar se regula sólo en casos concretos (en especial en el caso de venta por subasta pública en los remates judiciales), mas no de forma general. Como se ve, entonces, es en el ordenamiento jurídico italiano donde dicha institución comienza a tener un desarrollo legislativo.

Cabe destacar, sin embargo, que en el momento en el cual se redujo el término en el cual debía producirse el nombramiento de la persona a la cual se le deberían imputar los efectos del contrato (lo que se hizo por razones tributarias), el contrato por persona a nombrar perdió en gran parte su importancia práctica; siendo éste el motivo que llevó a que este contrato no sea regulado en el Codice civile de 1865; sino que sólo se reguló en el Codice di Procedura Civile de 1865; en el que se establecía que en las ventas judiciales podía acudir un procurador manifestando que adquirirla por persona a nombrar, pero dicho nombramiento se debía hacer dentro de un período de tiempo bastante corto (tres días)¹⁹, caso contrario la transferencia que realizara el contratante original sería considerada para efectos tributarios como una segunda transferencia de propiedad.

5.- El Codice di procedura civile de 1940 y el Codice civile de 1942.

En el proceso codificador italiano del siglo XX, el contrato por persona a nombrar encuentra regula-

ción en primer término en sede procesal. De esta forma, el artículo 579²⁰ del Codice di procedura civile de 1940, repite en términos generales lo que establecía su antecedente (nos referimos al Codice di Procedura Civile de 1865), de forma tal que regula la venta por remate judicial estableciendo que el acto de remate pueden intervenir los representantes legales, quienes pueden hacer ofertas por personas a nombrar. Por su parte, el artículo 583²¹ del Codice di procedura civile de 1940 establece que la persona que ha realizado la compra por persona a nombrar debe declarar el nombre de la persona dentro de tres días, de lo contrario la adjudicación se produce definitivamente en la esfera jurídica del representante²².

Hasta el momento, el ordenamiento jurídico italiano había seguido la tradición de regular el instituto dentro del ordenamiento procesal y en casos específicos, sin embargo el gran desarrollo de este instituto se debió a la regulación general que se encuentra en el Codice civile de 1942, lo que influiría en el sistema jurídico latinoamericano, pues es a partir del citado cuerpo normativo que algunos códigos civiles latinoamericanos -entre ellos el peruano de 1984- comienzan a regular el instituto del contrato por persona a nombrar.

En efecto, el Codice civile de 1942, regula de forma general el contrato por persona a nombrar. En ese sentido, el artículo 1401 de dicho cuerpo normativo establece que: "Nel momento della conclusione del contratto una parte può riservarsi la facoltà di nominare successivamente la persona che deve acquistare i diritti e assumere gli obblighi nascenti dal contratto stesso"²³. Ahora bien, el re-

18. *Ibid.*, Op. cit., Pág. 670. Este autor cita las normas legales citadas por nosotros, y además una serie de reglamentos en los que se encuentra regulada dicha institución.

19. CARRELLI Franco, Op. Cit., Pág. 130.

20. Artículo 579 - "Salvo quanto è disposto nell'articolo seguente, ognuno, e anche il debitore, è ammesso a fare offerte all'incanto. Le offerte debbono essere fatte personalmente o a mezzo di mandataria munito di procura speciale. I procuratori legali possono fare offerte per persona da nominare".

Traducción libre:

"Salvo lo dispuesto en el artículo siguiente, cualquiera, excepto el deudor, puede realizar ofertas en la subasta.

Las ofertas deben ser hechas personalmente o por medio de mandataria con poder especial.

Los representantes legales pueden hacer ofertas por persona a nombrar".

21. Artículo 583 - "Il procuratore legale, che è rimasto aggiudicatario per persona da nominare, deve dichiarare in cancelleria nei tre giorni dell'incanto il nome della persona per la quale ha fatto le offerte, depositando il mandato. In mancanza, l'aggiudicazione diviene definitiva al nome del procuratore".

Traducción libre:

"El representante legal que realizó la adjudicación por persona a nombrar, debe declarar en la cancelería dentro de los tres días siguientes a la subasta, el nombre de la persona por la cual ha hecho la oferta, depositando el mandato.

A falta de ello, la adjudicación se convierte en definitiva para el procurador".

22. Nótese que tanto el Codice di Procedura Civile de 1865 como el Codice di Procedura Civile de 1940 utilizan el término "procuratore" que puede ser traducido como "representante", aun cuando en realidad, quien actúa en el contrato por persona a nombrar, no es propiamente un representante. En ese sentido, nosotros -siguiendo a la doctrina mayoritaria- utilizaremos el término "especificante" para referirnos a la persona que se reserva la facultad de designar posteriormente a un tercero para que lo sustituya; y "promitente" cuando se queda en el contrato original.

23. Traducción libre:

"En el momento de la conclusión del contrato, una parte puede reservarse la facultad de nombrar sucesivamente a la persona que debe adquirir los derechos y asumir las obligaciones nacidas del contrato mismo".

ferido código en su artículo 1402²⁴ establece un plazo legal en el cual debe ser nombrada la persona, término que es supletorio de la voluntad de las partes, lo que quiere decir que las partes pueden establecer un término mayor en el cual se produzca dicho nombramiento. El nombramiento al que se refiere el Código civil de 1942 consiste en la identificación de la persona que será parte del contrato. Ahora bien, en tanto que dicha persona se constituirá en parte material del contrato, se requiere la aceptación de ésta, y que esta aceptación sea puesta en conocimiento de la otra parte; razón por la cual, a fin de que el nombramiento tenga efectos se requiere acompañar a esta comunicación la aceptación del nombrado. Esta comunicación, conforme al Código civil de 1942, debe producirse en la misma forma que se requiere para el contrato²⁵.

Ahora bien, de producirse el nombramiento de la forma establecida en el Código, el contrato surtirá efectos en la persona del nombrado desde el momento de la conclusión del mismo²⁶. Si dicho nombramiento no se produce, el contrato surtirá efectos en la persona de quien celebró el contrato por persona a nombrar²⁷.

C.- La codificación latinoamericana.

El contrato por persona a nombrar ingresa a la codificación latinoamericana a través de los códigos

que sufrieron fuerte influencia del Código civil de 1942. Pero no todos los códigos latinoamericanos que sufrieron esta influencia lo regulan, sino que en realidad sólo lo hacen dos de ellos: el Código Civil de Bolivia de 1976 y el Código Civil del Perú de 1984. Dicha institución también se encuentra en el Proyecto de Código Civil de Argentina de 1999.

Ahora bien, el Código Civil de Bolivia de 1976 regula el contrato por persona a nombrar dentro de la subsección dedicada a la representación²⁸. Es decir, el legislador boliviano concibió -al menos de forma sistemática- el contrato por persona a nombrar como un fenómeno que se presenta dentro del instituto de la representación, lo que constituye ciertamente un error en la identificación de la naturaleza jurídica del instituto, pues la diferencia fundamental entre el contrato por persona a nombrar y el instituto de la representación radica en el hecho que en este último los efectos del contrato jamás se imputan a la persona del representante [nos referimos obviamente a los casos de representación directa]. En términos generales, la regulación del código de Bolivia es la misma que la del Código civil de 1942, pero se encuentra una diferencia que es del caso notar, cual es que, el plazo que en este último código es concebido como un plazo supletorio respecto del cual las partes pueden establecer uno mayor, para el Código Civil de Bolivia de 1976 es un plazo del cual no se puede disponer; de forma tal que si el nombramiento no

24 Artículo 1402. "Termine e modalità della dichiarazione di nomina. - La dichiarazione di nomina deve essere comunicata all'altra parte nel termine di tre giorni dalla stipulazione del contratto, se le parti non hanno stabilito un termine diverso. La dichiarazione non ha effetto se non è accompagnata dall'accettazione della persona nominata o se non esiste una procura anteriore al contratto".

Traducción libre:

"Término y modalidad de la declaración nombramiento. - La declaración de nombramiento debe ser comunicada a la otra parte dentro del término de tres días contados desde la estipulación del contrato, si las partes no han establecido un término diverso. La declaración no tiene efecto sino ha sido acompañada de la aceptación de la persona nombrada o si no existe un poder anterior al contrato".

25 Artículo 1403. "Forme e pubblicità. - La dichiarazione di nomina e la procura o l'accettazione della persona nominata non hanno effetto se non rivestono la stessa forma che le parti hanno usato per il contratto, anche se non prescritto dalla legge.

Se per il contratto è richiesta o determinati effetti una forma di pubblicità, deve agli stessi effetti essere reso pubblico anche la dichiarazione di nomina, con l'indicazione dell'atto di procura e dell'accettazione della persona nominata".

Traducción libre:

"Forma y publicidad. - El nombramiento y el poder o la aceptación de la persona nombrada no tienen efecto si no revisten la misma forma que las partes han usado para el contrato, aunque no haya sido prescrito por la ley. Si para determinados efectos se le exige al contrato una forma de publicidad, debe para los mismos efectos, hacerse pública también el nombramiento, con la indicación del acto de poder o de la aceptación de la persona nombrada".

26 Artículo 1404. "Effetti della dichiarazione di nomina. - Quando la dichiarazione di nomina è stata validamente fatta, la persona nominata acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dal contratto con effetto dal momento in cui questa fu stipulata".

Traducción libre:

"Efectos del nombramiento. - Cuando el nombramiento haya sido hecho válidamente, la persona nombrada adquiere los derechos y asume las obligaciones derivadas del contrato con efectos desde el momento en que éste fue estipulado".

27 Artículo 1405. "Effetti della mancata dichiarazione di nomina. - Se la dichiarazione di nomina non è stata validamente nel termine stabilito dalla legge o dalle parti, il contratto produce i suoi effetti tra i contraenti originali".

Traducción libre:

"Efectos de no producirse el nombramiento. - Si el nombramiento no es hecho válidamente en el plazo establecido en la ley o por las partes, el contrato produce todos sus efectos entre los contratantes originales".

28 Artículo 472. "Contratto por persona a nombrar".

I.- Al concluir el contrato, puede una de las partes declarar que lo celebra a favor de otra persona, expresando a la vez que se reserva la facultad de revisar posteriormente el nombre de ésta.

II.- Dentro del término de tres días desde la celebración del contrato, debe comunicarse a la otra parte el nombre de la persona a favor de quien se ha celebrado, acompañando el documento de su aceptación y el poder otorgado para representarlo.

III.- Si ha vencido el plazo o no se ha comunicado el nombre de la persona, el contrato producirá sus efectos sólo entre los contratantes originales".

se produce dentro del plazo fijada por la ley, el contrato surtirá efectos entre las partes contratantes.

Por su parte, el Código Civil del Perú de 1984 regula el instituto del contrato por persona a nombrar con una sistemática distinta a la del Código Civil de Bolivia de 1976, concibiéndolo más bien como una institución autónoma del instituto de la representación. En esencia la regulación del contrato por persona a nombrar en el Código Civil del Perú de 1984 es similar a la del Código Civil de Bolivia de 1976. En efecto, en el artículo 1473²⁹ se regula con carácter general la posibilidad que una persona, al momento de celebrar el contrato pueda reservarse el derecho de nombrar a un tercero a fin de que éste asuma los derechos y obligaciones derivados de él. Se establece sin embargo que el contrato por persona a nombrar no puede estipularse en los casos en los que la representación no es posible³⁰ o en aquéllos en los que la determinación de los contratantes sea esencial. Estas dos excepciones son una innovación respecto del Código civil de 1942 y respecto del Código Civil de Bolivia de 1976. Por su parte, para el Código Civil del Perú de 1984 la declaración de nombramiento de la persona que formará parte del contrato deberá ser acompañada de su aceptación debiendo ser formulada dentro del tiempo establecido en la ley y con la misma formalidad utilizada por las partes para la celebración del contrato³¹, aun cuando ésta no sea prescrito por la ley³². Es interesante hacer notar que el plazo que establece el Código Civil del Perú de 1984 es un plazo de

veinte días, pero es un plazo que tiene la misma característica que el del Código Civil de Bolivia de 1976, es decir la de ser imperativa, no supletoria, respecto del cual las partes no pueden pactar. Finalmente, se dispone que si la declaración se ha realizado conforme a ley el contrato produce efectos respecto de la persona nombrada, caso contrario lo hará respecto de los contratantes originales³³.

El Proyecto de Código Civil de Argentina de 1999³⁴, sigue muy de cerca la regulación del contrato por persona a nombrar que contiene el Código Civil del Perú, en el sentido de establecer que dicho contrato no procede en los casos en los cuales no es posible la representación o en los que la identificación de las partes sea esencial. Asimismo, establece la necesidad de que el nombramiento sea realizado de la misma forma como fue hecho el contrato. Sin embargo, este Proyecto se aparta del Código Civil de Bolivia de 1976 y del Código Civil del Perú de 1984 en el sentido de establecer que el plazo en el cual se deba realizar el nombramiento sea supletorio.

D.- Los documentos de unificación del derecho del siglo XX.

De los documentos de unificación del derecho del siglo XX, el único que contiene normas relativas al contrato por persona a nombrar es el Code Européen des contrats. En efecto, en el artículo 70³⁵ se establece la posibilidad de que al momento de la celebración del contrato una persona se reserve

29. Artículo 1473.- "Al celebrar el contrato puede convenirse que cualquiera de las partes se reserve la facultad de nombrar posteriormente a un tercero que asuma los derechos y las obligaciones derivadas de aquel acto. La reserva de nombramiento no procede en los casos en que no es admisible la representación o es indispensable la determinación de los contratantes".

30. Esta disposición del Código Civil del Perú de 1984 conforme a la cual el contrato por persona a nombrar no puede celebrarse en aquellos casos en los que no se permite la representación ha llevado a autores de la talla de Manuel de la Puente y Lavalle a considerar que el codificador peruano habría confundido el instituto del contrato por persona a nombrar con el de la representación. Ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, El contrato en General. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. IV. Segunda Parte, Tomo VI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993. Pág. 127.

31. Artículo 1474.- "La declaración de nombramiento debe comunicarse a la otra parte dentro de un plazo que no podrá exceder de veinte días, contados a partir de la fecha de celebración del contrato.

La declaración de nombramiento no tiene efecto si no es acompañada de la aceptación de la persona nombrada".

32. Artículo 1475.- "La declaración de nombramiento y la aceptación por la persona nombrada deben revestir la misma forma que las partes hayan usado para el contrato, aunque no esté prescrito por la ley".

33. Artículo 1476.- "Si la declaración de nombramiento se hizo válidamente, la persona nombrada asume los derechos y las obligaciones derivadas del contrato, con efecto desde el momento de la celebración de éste.

En caso contrario o cuando no se efectuó la declaración de nombramiento dentro del plazo, el contrato produce efecto entre los contratantes originales".

34. Artículo 986.- "Contrato por persona o designar. - Cualquier parte puede reservarse la facultad de designar ulteriormente a un tercero para que asuma su posición contractual, salvo si el contrato no pueda ser celebrado por medio de representante, o la determinación de las partes es indispensable.

La designación de la posición contractual se produce, con efectos retroactivos a la fecha del contrato, cuando el tercero acepta la nominación y su aceptación es comunicada a la parte que no hizo la reserva. Esta comunicación debe revestir la misma forma que el contrato, y ser efectuada dentro del plazo estipulado o, en su defecto, dentro de los quince (15) días desde su celebración. Mientras no haya una aceptación del tercero el contrato produce efectos entre las partes".

35. Artículo 70.- Reserva de nominación al momento de la celebración.-

1) - Jusqu'au moment de la conclusion du contrat, une partie peut se réserver la faculté de nommer ensuite le sujet qui doit acquiescer les droits et les obligations nées du contrat. Une telle faculté est exclue pour les contrats qui ne peuvent être conclus par un représentant ou pour lesquels l'identification des parties contractantes au moment de la stipulation est obligatoire.

el derecho de nombrar a otro que entre en el contrato. En términos generales la regulación es similar a las ya indicadas: sin embargo resulta del caso resaltar el hecho que el Code Européen des Contrats, a diferencia del Codice civile de 1942, y al igual que lo dispuesto por el Código Civil del Perú de 1984 establece que estos contratos no pueden celebrarse cuando la identificación de las partes al momento de la celebración sea obligatoria.

Los efectos de la elección y no elección del tercero son los mismos que hasta el momento hemos venido explicando, es necesario tan sólo señalar que el Code Européen des Contrats tiene una regulación del plazo similar a aquella del Codice civile de 1942³⁵.

2.- NOCIÓN

A.- Naturaleza jurídica.

En la doctrina italiana se pueden observar cuatro teorías que pretenden explicar el instituto del contrato por persona a nombrar: [i] aquella que lo ubica dentro del fenómeno de la representación; [ii] aquella que lo explica desde la condición suspensiva; [iii] aquella que explica que en el caso del contrato por persona a nombrar se celebran dos contratos; y, [iv] aquella que lo inserta dentro de la genérica institución de la autorización.

Para aquel sector de la doctrina que ubica el contrato por persona a nombrar dentro del fenómeno de la representación, se trata de un caso de representación de *incertam personam*, es decir un caso en el cual se sabe quién es el representante, pero no quién es el representado; se sabe de todas formas que quien celebra el contrato no lo hace por sí mismo, sino que lo hace a nombre de otro. De esta manera entonces, quien celebra el contrato vendría a ser parte en sentido formal, y la per-

sona a designar vendría a ser parte en sentido material, y en consecuencia titular de todos los derechos y obligaciones derivadas del contrato desde el momento mismo de su celebración³⁶.

Para aquel sector de la doctrina³⁷ que explica el contrato por persona a nombrar desde la condición suspensiva, mientras no se produzca la designación del tercero, los efectos del contrato se encuentran suspendidos. Se establece asimismo que el estado de pendencia en el que se encuentran los efectos del contrato es esencial a la estructura del instituto ya que el estipulante no puede actuar para la ejecución del contrato. De esta forma, entonces, el contrato por persona a nombrar sería un contrato sujeto a una condición suspensiva, cuyo hecho futuro e incierto sería el nombramiento del tercero.

Aquel sector de la doctrina que explica el contrato por persona a nombrar admitiendo que existen dos contratos reconoce que en estos casos existen dos declaraciones de voluntad³⁸: una primera declaración de voluntad tiene eficacia inmediata ya que es completa y perfecta, sin embargo esta eficacia puede desaparecer si el estipulante hace ejercicio de su facultad de nombrar a un tercero; una segunda declaración de voluntad se produce cuando el estipulante hace el nombramiento. Cada una de estas declaraciones constituirá un contrato. El primero de los contratos será celebrado por el estipulante y por el promitente; y el segundo, que viene a sustituir los efectos del primero se formaliza entre el promitente y el tercero elegido. Para esta teoría el primer contrato estaría sujeto a una condición resolutoria, de forma tal que cuando el estipulante hace la designación, los efectos del contrato se resuelven retroactivamente. Sin embargo, el mismo acto que genera la resolución del contrato hace nacer o su vez un segundo contrato.

- 2.- La déclaration de nomination du sujet qui doit se substituer au contractant doit être effectuée moyennant une communication à l'autre partie dans un délai de huit jours à compter de la conclusion du contrat, si les parties ne sont pas convenues d'un délai différent. On applique la disposition contenue à l'art. 21 du présent code.
 - 3.- La déclaration dont il est question à l'article précédent ne prend pas effet si elle n'est pas accompagnée de l'acceptation expresse de la personne nommée ou s'il n'existe pas de procuration effectuée antérieurement au contrat.
 - 4.- Si le contrat a été conclu sous une forme déterminée, même si elle n'a pas été prescrite par la loi, la déclaration de nomination de la personne qui se substitue, de même que la déclaration d'acceptation de la part de cette dernière, de même que la procuration émise par celle-ci, ne prennent pas effet si elles ne revêtent pas cette même forme.
 - 5.- Si le droit national du lieu où le contrat a été conclu ou sera exécuté prévoit une certaine forme de publicité, elle doit également être adoptée pour les actes dont il est question à l'article précédent. Pour les contrats relatifs aux biens meubles enregistrés ou aux immeubles, on applique l'art. 45 et 3 du présent code pour les effets qui y sont indiqués.
36. Artículo 71.- "Effets de la déclaration de nomination et du manque de déclaration.-
- 1.- Si la déclaration de nomination du sujet qui doit se substituer a été effectuée valablement, ce dernier acquiert à titre exclusif les droits et contracte les obligations qui découlent du contrat, avec prise d'effet à compter du moment où le contrat a été stipulé.
 - 2.- Au sujet qui se substitue et au contractant qui l'a nommé s'appliquent les dispositions de l'art. 67 du présent code.
 - 3.- Si la déclaration de nomination du sujet qui doit se substituer n'a pas été valablement effectuée dans le délai fixé par la loi ou par les parties, le contrat produit définitivement ses effets entre les contractants originaires".

37. CARRER, Franco, Op. Cit. Pág. 131.

38. *Ibid.*, Op. cit. 132 y ss.

39. Para una explicación detallada de esta teoría véase: BIRETELLI Enrico, Op. Cit. Págs. 673 y ss.

Finalmente, otro sector de la doctrina considera que la reserva de designación es una típica figura de autorización, identificándose con la autorización que una parte concede a otra a cambiar en su propio interés la relación contractual con efecto retroactivo⁴⁰. Es ésta la teoría adoptada por la doctrina latinoamericana⁴¹.

B.- Definición.

El contrato por persona a nombrar es una estipulación⁴² contenida en un contrato por medio de la cual uno de las partes (el estipulante) se reserva el poder de nombrar dentro de un determinado término a otra persona que será parte material en el contrato⁴³. En consecuencia, el contrato se constituye entre estipulante y promitente, siendo ambos parte formal en el contrato; sin embargo, existe la posibilidad de que el estipulante nombre a un tercero a fin de que éste se constituya en parte material del contrato, lo que se retrotraerá al momento de celebración del mismo. Este nombramiento se debe efectuar en un plazo determinado por la ley o por las partes, si el nombramiento no se produce en dicho término, el estipulante quedará definitivamente como parte material del contrato.

Uno de los problemas que se presenta en el contrato por persona a nombrar es el de determinar los efectos que sobre el contrato tiene la reserva del nombre y para ello nos remitimos a los diversos teorías que se han esbozado a fin de establecer su naturaleza jurídica. De esta forma, para quienes el contrato se halla sujeto a una condición suspensiva los efectos del contrato -sean estos reales u obligatorios- no se producen respecto de la persona del estipulante. Por el contrario, para aquellos que sostienen que el contrato no se halla sujeto a ninguna condición, los efectos del contrato se producen directamente en la esfera jurídica del estipulante, siendo ello así se produce de forma inmediata en el patrimonio del estipulante el ingreso del bien materia del contrato, y en tal sentido los acreedo-

res de éste pueden cumplir respecto de dicho bien todos los actos ejecutivos y conservativos sobre el referido bien para la satisfacción de sus derechos; sin embargo, la eficacia de dichos actos se subordinan a la consolidación de los efectos del contrato en la esfera jurídica del estipulante⁴⁴. Otra consecuencia que da esta última doctrina es que en tanto que se es titular del objeto del contrato, el estipulante puede hacer suyos los frutos y corre el riesgo por la pérdida de la cosa⁴⁵.

C.- El derecho de elegir al tercero.

El requisito esencial y característico de este contrato es que uno de las partes, al momento de su celebración, indique que se reserva el derecho de nombrar a una tercera persona en la que podrán recaer los efectos del contrato. En ese sentido, así como en la representación se hace necesario indicar que se actúa a nombre de otra persona en quien recaerán los efectos del contrato [contemplatio domini], en el contrato por persona a nombrar se hace necesario que se indique de forma expresa que se reserva el derecho de nombrar a una tercera persona, en la que podrán recaer los efectos del contrato. Decimos 'podrán recaer' y no 'recaerán' porque cabe la posibilidad de que jamás se indique el nombre de esta persona, en cuyo caso los efectos permanecerán en la esfera jurídica del estipulante. Es esto precisamente lo que distingue el contrato por persona a nombrar de la representación, ya que en la representación⁴⁶ los efectos del contrato jamás recaen en la esfera jurídica del representante, sino que éstos se producen de forma directa e inmediata en la esfera jurídica del representado. Sin embargo, en el contrato por persona a nombrar existe sólo la posibilidad de que dichos efectos se produzcan en la esfera jurídica de un tercero, efectos que se producen de forma retroactiva. Existe también la posibilidad de que los efectos se consoliden en el estipulante si es que éste no nombra al tercero.

40. Esta teoría es sostenida por Massimo Bianca: BIANCA, Massimo, *Diritto Civile*, Tomo II: Il contratto, Giuffrè, Milano, 1998, Pág. 137.

41. Véase en tal sentido: CARDENAS QUIROS, Carlos, "Contrato por persona a nombrar", En: AA.VV. Para leer el Código Civil, Volumen I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, Págs. 119 y ss; ARIAS - SCHREIBER PEZEL, Max, *Exposición del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo I, Contratos: Parte general, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, Págs. 323 y ss; DE LA PUENTE Y LAYALLE, Manuel, *El contrato en General*, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XV, Segunda Parte, Tomo VI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, Pág. 110, y ALBERINI, Atilio Andrés, *Contratos civiles, comerciales, de consumo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, Pág. 320.

42. En ese sentido, compartimos la opinión del profesor Manuel de la Puente y Layalle en el sentido que no hay un contrato por persona a nombrar en términos absolutos, sino que en realidad de lo que se trata es de sólo una estipulación que se incorpora o puede incorporarse en cualquier tipo de contratos. De esta forma, podemos tener un contrato de compraventa por persona a nombrar, o un contrato de arrendamiento por persona a nombrar, o un contrato de mutuo por persona a nombrar, y así sucesivamente. DE LA PUENTE Y LAYALLE, Manuel, *El contrato en General*, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XV, Segunda Parte, Tomo VI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, Pág. 105 y ss.

43. BIANCA, Massimo, *Op. Cit.*, Pág. 134. En la doctrina latinoamericana véase: CARDENAS QUIROS, Carlos, *Op. cit.*, Págs. 119 y ss; ARIAS - SCHREIBER PEZEL, Max, *Op. cit.*, Págs. 323 y ss; y ALBERINI, Atilio Andrés, *Op. cit.*, Pág. 320.

44. En ese sentido véase: BIANCA, Massimo, *Op. Cit.*, Pág. 137.

45. BIRETTI, Enrico, *Op. Cit.*, Pág. 676.

46. Entendemos como tal sólo los casos de representación directa, ya que en la representación indirecta no hay una real representación.

Ahora bien, este derecho que se reserva el estipulante y que nace del contrato celebrado por persona o nombrar es un derecho potestativo⁴⁷. En doctrina se ha planteado el problema de la transmisibilidad de dicho derecho, sea *mortis causa* o sea por acto *inter vivos*, en ambos casos se admite la transmisión de tal derecho; sin embargo el problema en realidad surge en aquellos casos en los cuales no venga efectuada la elección por quien ha adquirido el derecho de nombrar al tercero⁴⁸ ya que corresponde determinar si los efectos del contrato se producen en el nuevo titular del derecho a nombrar al tercero, o respecto del estipulante. La doctrina⁴⁹ se ha inclinado por esta segunda opción, salvo que haya habido un pacto en contrario.

Ahora bien, este derecho a elegir el tercero que formará parte del contrato se extingue de dos formas (i) sea ejerciéndolo y en consecuencia el tercero queda elegido, o (ii) sea no ejerciéndolo en un determinado plazo.

D.- La *electio amici*.

La elección del tercero que entrará a formar parte del contrato es definido como un negocio jurídico unilateral y receptivo mediante el cual el estipulante imputa, con efecto retroactivo, la relación obligatoria nacida del contrato a un tercero⁵⁰.

Una característica esencial a fin de que la *electio amici* produzca sus efectos jurídicos, es que ésta (i) sea pura y simple; y (ii) que sea *rebus integris*⁵¹. El primer requisito viene a significar que la *electio amici* no puede estar sujeta a plazo ni a condición. El segundo requisito implica que la *electio amici* debe ser formulada de forma tal que los términos en los que el tercero ingresa al contrato deben ser exactamente iguales a aquellos fijados por el estipulante y el promitente en el contrato.

Se plantea en doctrina si el estipulante pueda nombrarse a sí mismo o si puede nombrar a más de un sujeto. Carresi⁵² responde afirmativamente en ambos casos, salvo que las partes hayan expresamente establecido lo contrario o que del contrato

se desprenda el interés del promitente de que se nombre a una persona distinta al estipulante o sólo a una persona. Siguiendo al referido autor, en el caso que el estipulante se nombre a sí mismo, más que un acto de elección, lo que en realidad se produce es un acto de renuncia al derecho potestativo de elegir al tercero que habría formado parte del contrato.

Para que la elección surta efectos no sólo se debe realizar ésta, sino que además se hace necesario que dicha elección sea formulada de tal manera que efectivamente se pueda considerar al tercero como parte del contrato. Para ello se requiere que el estipulante esté legitimado para imputar la relación contractual al tercero⁵³, es decir que el estipulante tenga el poder de representación del tercero; si no lo ejerce, la elección será ineficaz, salvo que el tercero acepte, lo que se considera como una ratificación⁵⁴. Por otra parte, no se hace necesario que el estipulante tenga el poder representativo del tercero si es que junto con la comunicación de la elección al promitente llega la aceptación del tercero.

Se plantea asimismo el problema de si es admisible una aceptación parcial por parte del tercero⁵⁵. En este caso habría que diferenciar dos supuestos: (i) si el estipulante con su elección ha entendido atribuir de manera completa los efectos jurídicos en la persona del tercero, una ratificación parcial por parte de éste será considerada como un rechazo; y, (ii) si de la elección del estipulante no se desprende que éste haya querido atribuir de forma exclusiva los efectos jurídicos en la persona del tercero, y de la aceptación parcial se desprende que el tercero manifiesta conformar una sola parte con el estipulante, entonces ésta es posible.

La *electio amici* implica que el tercero se constituirá en parte material del contrato, en ese sentido es una declaración de voluntad que tiene una naturaleza similar a aquellas declaraciones de voluntad destinadas a la formación del contrato; es en ese sentido que la forma en la que se ponga en conocimiento del promitente la elección, así como la de la aceptación del tercero, debe ser la misma que se utilizó para la formación del contrato.

47 CARRESI Franco. Op. Cit. Pág. 135. También se pronuncia en ese sentido FRANCESCO GAZZONI. *Giurista del Diritto privato*. 11. edición. Edizione Scientifica-Italiana. Napoli, 1994. Pág. 999.

48 CARRESI Franco. Op. Cit. Pág. 135.

49 *Ibidem*.

50 BANCA Massimo. *LE. CH. Pág. 139*. ENRETI Enrico. Op. Cit. Págs. 474 y CARRESI Franco. Op. Cit. Págs. 135-136.

51 ENRETI Enrico. Op. Cit. Págs. 474 y CARRESI Franco. Op. Cit. Pág. 134.

52 CARRESI Franco. Op. Cit. Pág. 136.

53 BANCA Massimo. *LE. CH. Pág. 139*.

54 *Ibidem* y CARRESI Franco. Op. Cit. Pág. 136.

55 CARRESI Franco. Op. Cit. Pág. 136.

E.- El término para la elección.

Otro de los requisitos que se exige a fin de que la elección del tercero sea eficaz es que ésta sea realizada dentro de un término. Esto es algo que es común en todos los ordenamientos que regulan el contrato por persona a nombrar; sin embargo la forma de regular este término es diversa. En efecto, respecto al término para la elección del tercero, la legislación se divide en dos grupos: (i) aquella que establece un plazo contra el cual pueden pactar las partes; y, (ii) aquella que establece un plazo máximo contra el cual las partes no pueden pactar. En el primer grupo se encuentran el *Codice civile* de 1942, el Proyecto de *Code européen des contrats* y el Proyecto de Código Civil de Argentina de 1999. En el segundo grupo se encuentran los códigos civiles de Bolivia de 1976 y del Perú de 1984.

La diferente regulación del plazo tiene un efecto práctico importante, cual es que, en tanto que la elección del tercero tiene efectos retroactivos al momento de la conclusión del contrato, al producirse aquella el ordenamiento jurídico considera que se ha producido solamente una transferencia de propiedad, siendo ello así, se deberán pagar los tributos correspondientes a una sola transferencia. Por ello, los ordenamientos jurídicos correspondientes al segundo grupo establecen como razón de su regulación evitar que quede al arbitrio de las partes la determinación del pago de un solo tributo o no, siendo esta razón la que se encuentra en la Exposición de motivos del Código Civil del Perú de 1984: "Se ha consignado un plazo breve para formalizar la declaración de nombramiento, con el propósito de no permitir que los contratantes se valgan de la figura bajo estudio para adquirir para sí y después, en virtud de dicha declaración, realizar otra enajenación a un tercero, quien sería un segundo y posterior contratante, con el consiguiente perjuicio para el Fisco. En efecto, en el caso planteado, el Fisco percibiría una sola vez el correspondiente impuesto a las transferencias"⁵⁶.

Por su parte, los ordenamientos jurídicos que pertenecen al segundo grupo establecen, aparentemente, una mayor libertad a las partes, lo que en realidad no es así, ya que, en el caso italiano, por ejemplo, para efectos tributarios es relevante el plazo de tres días fijado en la ley, luego del cual el ordenamiento jurídico considera, para efectos tributarios, que se han producido dos transferencias de propiedad⁵⁷; lo que ha determinado que autores como Gazzoni⁵⁸ señalen que el plazo contenido en

el código italiano sea plañtivo.

F.- Los efectos de la elección del tercero o de la no elección de éste.

Una vez llegado el plazo en el cual debe realizarse la elección del tercero pueden presentarse dos supuestos (i) que el estipulante haya realizado la elección del tercero; o, (ii) que el estipulante no haya realizado la elección del tercero.

Si se produce la elección del tercero conforme a los requisitos anteriormente establecidas, éste adquiere todos los derechos y obligaciones derivados del contrato delante del promitente; y en consecuencia el tercero deviene parte material del contrato. Esta adquisición tiene efectos retroactivos desde el momento en el que se celebró el contrato, lo que quiere decir que el tercero que ha ingresado al contrato puede oponer sus derechos frente a los acreedores del estipulante que hayan ejercido sobre los bienes materia del contrato algún acto de ejecución o conservación; claro está, este derecho podrá ser ejercido por el tercero que ingresa al contrato sólo si la reserva de nombramiento ha sido puesta en conocimiento de los acreedores⁵⁹.

Si no se produce la elección del tercero el estipulante quedará definitivamente como parte material en el contrato, y su posición en el mismo se consolidará.

3.- CONCLUSIONES.

Algunos códigos posteriores al *Codice civile* de 1942 han consagrado la posibilidad de que, al momento de la celebración del contrato, una de las partes contratantes se reserve el derecho de elegir a un tercero, el que se convertirá en parte sustancial de un contrato en reemplazo de la persona que ejerce el derecho de nombramiento. Si la parte celebrante no ejerce el referido derecho los efectos del contrato se le imputarán definitivamente a él. Éste, podemos decir, es el supuesto de hecho del contrato por persona a nombrar, y sobre ello todos los códigos que hemos visto son uniformes. Claro es que, en la medida que el tercero elegido entrará a formar parte de un contrato, su elección y su aceptación deben formularse de la misma forma como fue celebrado el contrato.

Esta facultad de reserva debe ser admitida para todo tipo de contratos, salvo para aquellos en los cuales la determinación de la parte contratante al

56. ARIAS - SCHREIBER PEZEL, Max. Op. cit. Pág. 330. También en: CARDENAS GURRÓS, Carlos. Op. cit. Pág. 129.

57. MANCA, Massimo. *l. cit.* Pág. 141.

58. GAZZONI, Francesco. *Op. cit.* Pág. 994.

59. MANCA, Massimo. *Op. cit.* Pág. 141.

momento de la celebración del contrato sea obligatoria.

Un punto respecto del cual no existe uniformidad es sobre la naturaleza del plazo que tiene la parte del contrato para elegir al tercero. A nuestro parecer este plazo debe estar previsto en la ley, no pudiéndose pactar contra él. La razón de ello es que de esta forma se regula de forma general un supuesto que tiene importantes efectos tributarios, impidiendo con ello que el Estado, a fin de evitar que las partes hagan mal uso de este instituto, establezca normas que impidan el desarrollo de esta institución. Recordemos que en Italia, donde el plazo es supletorio, el Estado ha establecido reglas tributarias especiales a fin de considerar una sola transferencia de propiedad. Siendo ello así, el contrato por persona a nombrar sólo tendría aplicación en esos supuestos en los cuales el ordenamiento jurídico considera que se ha producido una sola

transferencia, ya que precisamente ese es el elemento que hace atractiva este instituto y el que ha permitido su desarrollo. Recordemos que históricamente el contrato por persona a nombrar cayó en desuso precisamente por esos impedimentos tributarios. Por ello, nos parece más realista y serio que la ley contemple un plazo imperativo o que lo contemple supletorio y que después, a través de normas de menor jerarquía, el ordenamiento jurídico imponga restricciones a dicho plazo por razones tributarias.

A nuestro criterio son fundamentalmente dos las utilidades de regular el contrato por persona a nombrar: (i) permite superar los problemas del mandato sin representación al considerar que sólo se ha producido una transferencia de propiedad, lo que implica el pago de un solo tributo por la transferencia; y, (ii) permite que una persona pueda realizar contratos manteniendo en reserva su identidad⁶⁰.

60. Esas son las razones que el legislador peruano indica expresamente como causas por las cuales reguló esta institución. Ver: CÁRDENAS GUROS, Corbis. Op. cit. Pág. 137.