

## II. NOTAS CRITICAS

### I. Contrato por persona a designar

#### I. ANTECEDENTES.

En los contratos de compra-venta—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). No es nueva, aunque nuestra antigua práctica no parece que normalmente la utilizara (2). 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 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).

Parece ser que los comerciantes genoveses y, en general, los italianos, gustaron de utilizar en sus compras la cláusula de que adquirían «por persona nominanda» (4). Lo antiguo y arraigado de este uso, explica el especial

---

(1) Incidentalmente aludidas en S. T. 23 marzo y 15 junio 1945; una de ellas se refiere a poder conferido para vender a una persona o a quien ésta designase.

(2) Fórmulas corrientes eran: a favor del comprador y «los suyos», del adquirente y sus herederos y sucesores y las otras personas que su título o causa hubieren, o «de vos que comprais, vuestros herederos y sucesores y para aquel que de vos y dellos hubieren título, voz o razón, en cualquier manera». Induce a pensar que, por el contrario, no era usual la reserva «pro persona nominanda», el que SALGADO DE SOMOZA señale la importancia práctica de tratarla, diciendo que ella puede ocurrir en concurso judicial formado a extranjeros genoveses y comerciales italianos, que son los que más frecuentan esa clase de contrato, añadiendo que también se puede dar entre españoles, en especial los que quieran escapar de algún impuesto. *Labyrinthus creditorum concurrentium*, 2. 13, 49, ed. 1757. I. pág. 417.

(3) Hasta la obra de ENRIBITI, de la que se ocupa especialmente esta nota, los trabajos principales eran, en Italia, el de G. STOLFI, *La conclusione dei contratti per persona da dichiarare*, Ri. D. C. 1926. pág. 537 y el de SCISCI, *I contratti per persona da dichiarare*, 1930: en Alemania, COHN, *Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht*, 1931.

(4) Como indica SALGADO en el párrafo recogido antes en la nota (2). Se extendió en la práctica holandesa y francesa como medio para escapar del doble impuesto en el caso de compra para revender y, por ello, en las leyes y por la jurisprudencia se fijaron plazos siempre más cortos para poder hacer la declaración con eficacia respecto al fisco, al dueño directo y al señor feudal, VON, *Commentarius ad Pandectas*, 6. 3. 34 y 18. 1. 8, ed. 1716, I,

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 1.401-1.405). 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).

## 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 este 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 crítica las distintas teorías hasta entonces sostenidas (págs. 95 y ss.) 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*» (página 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 amicitiae»), 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*», pues la personalidad del «eligendo» puede ser desconocida al promitente y al estipulante y hasta no existir «in 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 «ele-

páginas 448 y 776; POTHIER, *Contumes des Duché, Bailliage et Prevoté d'Orleans*, 1. 5. 1. § 145. ed. 1817. I, pág. 135.

(5) *Il contratto per persona da nominare* Torino. 1950.

mentos 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 concluído 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 amicū 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). 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 (pág. 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. 1.389 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 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) (páginas 253-255). También excluye que la reserva pueda ser hecha por el enajenante (pág. 258).

---

(6) Añade que esta construcción puede ser reemplazada por la de «*contratto a vicenda sostituibile da un'altra vicenda*» (pág. 190), pero aunque la califica de más elegante, considera preferible la reseñada en el texto (pág. 194). También, al tratar de la estructura de la institución, la incluye en la categoría de «*alternatividad eventual de contratos*» (página 302).

## 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 (7), 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) fué 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 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).

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 ss. 111, 144). La habilidad con que el

(7) Utilizará, sobre todo, a SALGADO.

(8) Por ello, el cambio de la regulación civil no impone la de la fiscal, como cree el autor, que ha de ocurrir en Italia, al promulgarse las disposiciones del Código de 1942 (páginas 394, 395, 412 y sigs.).

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).

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 hacia 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, hacia 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 occultationis)? 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; fué para evitar procesos, a decidir por indicios y pruebas difíciles de fijar, por lo que para la 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

(9) HERMOSILLA, *Additiones, Notae, Resolut. Partitarum glossas*, 1634, P. 5. 5. 48, gl. 1, § 10, fol. 215 vto. («non ille sed dominus videtur contrattare»); SALGADO, loc. cit. 2, 13, 43, 1, pág. 417 («nudum minister»); VOËY, loc. cit., I, pág. 448 («se utique noluerit obligare»); CANON, *Variarum Resolutionum*, 1, 8, 192, ed. 1683, I, pág. 169 («merus executor, nudum ministerium nominationis sibi reservasse»). Se justifica que no se pague gabela al designar al adquirente sólo porque y cuando se hace en ejecución de un contrato de mandato anterior, OLEA, *Tractatus de cessionibus et actionibus*, 7, 5, 21, ed. 1699, pág. 492; GUYOT, *Practicarum Quaestionum civilium (De gabellis)*, 6, 61, 5, ed. 1730, III, pág. 146. Muy claramente en el antiguo y moderno Derecho francés: POTHELIER, loc. cit., I, pág. 132 (no hay más de una venta «par son canal et son ministère»); BAUDRY-LACANTINIERE, SAIGNAT, *Traité théorique et pratique*, 1908, XIX, § 172, pág. 167.

venta; concesión mínima, que se amparaba en lo odioso de las exacciones (10) y que se limitaba a este extremo (11).

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), 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).

*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. 1.355 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 (artículo 1.402 del Código civil italiano) (14).

Además, si se aceptan los postulados de Enrietti resultará difícil admitir que la designación del sujeto sea condición del negocio, pues la designación condicionaria 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

(10) «Gabella sit res odiosa», *AGVEDO, Commentariorum iuris civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*, 9, 17, 5, 8, ed. 1598, VI, fol. 59 vto. Muy significativas son las restricciones que se van admitiendo respecto a los derechos feudales en casos de transmisión, *POTHIER, Traité des fiefs*, ed. 1818, *Oeuvres*, XII, pág. 203 sig.

(11) *Todaya, TOULLIER, Le Droit civil française*, ed. Bruxelles, 1821, VIII, pág. 214.

(12) Así, por ejemplo, a la donación, por considerar esencial la individualidad del beneficiario, como indica el art. 778 C. c. it. (pág. 259) y en general, la enajenación (pág. 268). Sin embargo, la donación, además de aludida por la antigua doctrina (*CANCA, loc. cit.*), si se trata de persona a designar dentro de una clase (pobres, estudiantes, obreros) no encontrará dificultad en la aplicación analógica del art. 778; tampoco parece haber dificultad para aplicar el art. 1.401 C. c. it. a la cláusula de un contrato de suministro que diga: «la cerveza que necesite la compraré de tu fábrica o de aquella que tú designes».

(13) Dice: «En el momento de la conclusión del contrato, una parte puede reservarse la facultad de nombrar sucesivamente la persona que debe adquirir los derechos y asumir las obligaciones que nacean del mismo contrato».

En la doctrina holandesa se duda sobre si quien contrata por el «principal a designar después», en el caso de no designarlo queda obligado contractualmente, *SCHOLTES, Personenrecht*, II, pág. 39; pero tanto en la práctica holandesa como en la inglesa (*CHESNIA, loc. cit.*, pág. 304 sig.) se entenderá normalmente obligado, conforme a la intención presumible de las partes y al uso.

(14) Quizá hubiera que decir—si se ha de respetar la alternatividad de los negocios, esto es, vista sólo la cara externa de la figura—que el designado se haga (tenga que ser o quiera ser y sea apto para ello) sujeto del negocio.

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 aún no determinada, pero determinada? 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 por mandatario fuera la base y la justificación antigua de la figura, hoy no es posible una afirmación tan absoluta (15). 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), 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. 1.401 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. 1.402 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) que parecen especialmente graves en el Derecho civil italiano; pues con la ratificación se entiende queda convalidada la cualidad de representante (18) y, ello puede suponer al designado (segundo comprador o aceptante) el deber de abonar los gastos hechos por aquél al realizar el negocio (art. 1.720 del Código civil italiano, art. 1.729 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 (artículo 1.709).

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 aún no ratificado (sin designar tampoco al destinatario) está ya estructuralmente perfecto (págs. 204

(15) Debe advertirse que si se le aplica la terminología dominante no cabría hablar de representante, pues, como después se señala, se trata de representación indirecta.

(16) Arts. 1.396, 1.399 C. c. it. «Contrato celebrado a nombre de otro», art. 1.266 C. c. español.

(17) Quien acepta la designación, acepta la compra que se le ofrece, pero no tiene por qué ratificar lo hecho por quien para él es sólo el que le cede o facilita una compra.

(18) SACCOMA, *La rappresentanza*, 1963, pág. 262.

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 pos 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. 1.402) 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).

*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 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). 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

(19) El requisito negativo para la posibilidad de la «electio», señalado por ENRIETTI, de que E no haga acto alguno que muestre su voluntad de adquirir para sí (p. 266), no está debidamente determinado. La misma «electio», cuando E carece de libertad para hacerla (por su dependencia respecto a P. o a D) tiene un significado secundario, limitado a evitar la prueba de la relación interna. Si, por ejemplo, E adquirió en cumplimiento del mandato de D, los actos contrarios de E ya no afectan (por sí) a D, pues la cosa adquirida pasó ya del patrimonio de E al de D (art. 1.706 C. c. it.), y los actos de E realizados contra sus obligaciones serán ineficaces en este respecto (salva la protección debida al tercero de buena fe).

(20) En la práctica española, se hace la venta con la cláusula de reserva, por documento privado, con lo que E se ahorra los gastos de una segunda escritura de venta (art. 1.455) y los correspondientes derechos reales; mientras que P se obliga sólo a firmar la escritura a favor de quien E designe (art. 1.279). La situación sería bien distinta (en realidad, si se admitiera, originaría el abandono del uso de la reserva en la práctica) si, como piensa ENRIETTI, al hacerse la «electio» debe P reembolsar a E el precio recibido y dirigirse para el pago a D (pág. 321). De este modo, P, que había transmitido ya la propiedad de lo vendido, habría de devolver lo recibido y contentarse con un crédito contra quien le designase E y que bien podría resultar insolvente. La construcción de ENRIETTI no tiene en cuenta los casos más normales del tráfico, el de la compra para revender, el de que E, como representante, esté autorizado (o se presuma) para pagar y el que se deduzca lo contrario a ella de la voluntad de las partes, interpretadas conforme a la buena fe y al uso (arts. 1.258, 1.257 C. c. esp.), como ocurrirá de ordinario.

la venta a crédito; transmite la propiedad de la cosa y queda expuesto a que se le designe un deudor sin solvencia (21).

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. 1.706 C. c. it., art. 1.717 C. c. esp.) 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 aún al descubrirse el poder (art. 1.705 C. c. it., art. 1.717 C. c. esp.). 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 colorea los «gestos» de E; éste no puede, mediante una designación indebida, impedir (como ya afectado) 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). 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). Para la repre-

(21) Podría E designar a D y éste revender la cosa al contado a E por precio mínimo y al reclamar P el precio pactado resultar D insolvente.

(22) Lo que parece no haber advertido ENRIETTI.

(23) P. ej., si A, mandatario de B, vende el reloj de B por cuenta de B (pero no en su nombre) o si A compra con dinero de B un reloj por cuenta de B (pero no en su nom-

sentación 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). 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)— 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), 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). 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). De este modo, parecerá natural concluir que la cláusula de reserva significa sencillamente un caso de ampliación de la representación directa (29).

Pero si bien las conclusiones prácticas que de este modo se tratan de justificar son justas, la aplicación teórica es inadmisibile. 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). Es necesario para que exista la representación directa que sea posible establecer inmediatamente la rela-

---

bre) se ha entendido que, en ambos casos (aunque en orden inverso), el reloj y el dinero han ingresado en el patrimonio de A; de lo que se ha deducido lógicamente que B no puede reivindicar (reloj ni suma de dinero), ejercitar tercera de dominio ni pedir su separación de la masa del concurso de A.

(24) BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 2.ª ed. 1892, IV, § 581, pág. 365. Parte de la doctrina (Bähr, Lenel) pensó incluso en incluir este requisito en el concepto mismo de poder, exigiendo que fuese éste dirigido al destinatario (P) o al público en general.

(25) Admitir la posibilidad de la eficacia directa, mediante (y en lo que ésta permite) la relación interna entre representante y representado; el representante no adquiere para sí (ni de quien compra ni de su representado cuya cosa ha de vender), pues actúa como servidor o instrumento del representado. Ello (lo que decían ya los antiguos juristas) ha sido reconocido por disposiciones legales de casi todos los países y por la jurisprudencia de países como Alemania (a pesar del prejuicio dogmático), ENNECCERUS, LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 1950, § 161, pág. 644, e Inglaterra (no obstante la «privacy of contract»), CHESHIRE, FIFOOT, *The law of contracts*, 1945, págs. 304, 311. Todavía, sin embargo, la mayor parte de la doctrina considera tales reglas y tendencia como especiales o excepcionales.

(26) Según expresión de VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II, 2, § 94, pág. 343.

(27) ENNECCERUS, NIPPERDEY, *Derecho civil (Parte general)*, § 166. N. 9, trad. esp., ed. 1960, I, 2, pág. 242.

(28) LEHMANN, *Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 1933, pág. 300 «Mientras menor sea el interés justificado de una parte a conocer quien sea la otra, menores serán los requisitos exigidos para su reconocibilidad», PALLANDY (DANKELMANN), *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 164, pág. 140.

(29) SIBBERT, *Das rechtsgeschäftliche Theuhandverhältnis*, 1833, pág. 124; SAGGESE, loc. cit., pág. 142.

(30) En el Derecho francés, según la doctrina (PLANIOL, RIPERT, *Traité élémentaire de Droit civil*, 1932, II § 1394, pág. 520) y en el italiano, según la ley (art. 1.393 C. c.), el tercero que contrata con el representante puede exigirle que justifique sus poderes.

ción 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 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 quien 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), 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); 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). 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 condeñarse 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). Además, es posible que P ponga sencillamente ese poder en manos de E (35).

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). Pero faltando la relación interna (representación o fiducia) no es posible, a no ser

(31) Como dice LÖHMANN, loc. cit., pág. 300. En ella se fundan, de hecho, las teorías que explican la reserva como una cesión, novación y subrogación.

(32) Si no la hace debidamente puede serle impuesta; puede ser separado del contrato por el mandante o fideicomitente; lo que haga sin deber podrá ser anulado (salva la protección al tercero de buena fe).

(33) Generalmente, la segunda venta será por mayor precio, pero la diferencia de precio queda fácilmente oculta por la general corruptela de fijar precios arbitrarios a efectos fiscales.

(34) Combinación que puede ofrecer ventajas prácticas y ser utilizada por los grandes intermediarios, a los que no les importa pagar al contado, recibiendo la comisión como sobre precio y prefieren evitar la dependencia del mandatario.

(35) Aparte queda el caso de que E trate simplemente de disimular que es él el verdadero interesado, CHESTER, loc. cit., pág. 308.

(36) La concesión de la facultad no parece pueda identificarse al contrato; p. ej., en una venta, parece difícil incluir su causa en el precio, pues por tal concesión este mismo queda en riesgo, al depender la probabilidad del pago (valor del crédito adquirido) de la solvencia del designado.

Quizá tuviera interés señalar la especialidad de la «facultas eligendi» respecto de la facultad derivada de la promesa de contrato (A. D. C. III, 4.º (1960), pág. 1169).

por expreso mandato de la ley, que la persona designada adquiriera los derechos y asuma las obligaciones que derivan del contrato con efecto real desde el momento que se celebró el contrato (*ex tunc*) ¿Contiene tal mandato el artículo 1.404 del C. c. 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); 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. 1.402) 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).

*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. 1.389 C. c. it.) a las relaciones internas, y aún 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 (artículo 1.425 C. c. it.). Esta dificultad desaparece atendiendo debidamente a la relación interna y reconociendo que E (mandatario menor de edad) no fué 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. 1.390, 1.391 y 1.389 C. c. it.); si se trata de doble venta, la capacidad general y especial de D sería requerida solo en el momento de aceptación (39).

*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

(37) Para calificar una compraventa de mercantil (art. 325 C. de c.), para someter la venta y la reventa a una misma legislación (art. 8.º del Proyecto de la ley uniforme sobre venta internacional de objetos muebles corporales, del Institut international pour l'unification du Droit privé, Rapport, 1961, págs. 17 y 57).

(38) Cuando se trate de ejecutarlo o ingresarlo en la masa del concurso, podrá designar a un adquirente con eficacia *ex tunc*, «electio» y transmisión no sometida a la acción pauliana.

(39) Valdría la pena de examinar otras cuestiones en las que ENRIETTI no se detiene (compensación, subrogación, concurso y quiebra, tercería de dominio y ejecución, actos «medio tempore») en relación con cada uno de los supuestos que—según se ha indicado—parece que hay que distinguir.

del pandectismo (mercantilista) y que aún 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.

## 2. La distinción entre derechos reales y derechos de crédito (1)

En el fas. II, tomo V de este Anuario, aparece una interesante nota crítica de la obra de Barassi: «I diritti reali limitati» (Milán, 1947), que sigue manteniendo ligeramente remozado, el esquema dogmático acerca de la distinción de los derechos reales y personales, aceptado hasta hace poco como doctrina dominante.

La revisión de esta construcción, realizada desde los más dispares ángulos en forma total o fragmentariamente, ha ido imponiéndose en Italia con ritmo progresivo. Muestra de ello es el trabajo de Tilocca (2) que la Redacción de Anuario nos ha encargado resumir en una breve nota. Vamos a cumplir lo que se nos ordenó, no sin sugerir cuan interesante resultarían un examen general de las posiciones adoptadas frente a esta debatida distinción por la doctrina nacional y extranjera durante los últimos años. He aquí un magnífico tema a estudiar en coordinada labor de equipo por un grupo de jóvenes juristas interesados por los problemas básicos de la clasificación y dogmática jurídica. Aquí vamos a ceñirnos a nuestro actual objetivo, muchísimo más modesto.

Como es corriente, en trabajos de este género, el de Tilocca ofrece un aspecto negativo o crítico y otro aspecto positivo o constructivo.

### A) Crítica del concepto común de los derechos reales.

Para la doctrina dominante las relaciones jurídicas se dividen en reales y obligatorias. En las primeras el derecho subjetivo se caracteriza por ser inmediato y absoluto, y en las segundas por ser mediato y relativo. En éstas, predomina el lado pasivo; en aquéllas, el lado activo.

Pero esta distinción llega siempre a un punto en que resulta difícilmente discernible. Las llamadas obligaciones *propter rem* ofrecen, por un lado, la absolutividad como los derechos reales, y, de otro, el carácter mediato como los derechos de crédito. En los llamados derechos reales de garantía falta toda sombra de inmediatez.

Tilocca estima que la afirmación del carácter inmediato de los derechos reales resulta contradictoria con su pretendida coexistencia con el llamado deber de abstención de la colectividad generalmente considerado como su reverso. Si el titular del derecho real, para gozar del bien objeto de su derecho, tuviera necesidad del cumplimiento por sus coasociados de la presunta obliga-

(1) Vide: Derechos reales. Cursos de conferencias pronunciados por D. Juan Vallet, A. D. C., 1952, pág. 675-695.

(2) La distinzione tra diritti reali e diritti di credito, por ERNESTO TILOCCA, en «Archivio Giuridico», vol. CXXXVIII, fas. 1, enero 1960, págs. 3 y ss.

ción negativa, sería lógico concluir confesando que incluso el sujeto activo de la relación real requiere la colaboración de aquellos sujetos pasivos que quedan interpolados entre el sujeto activo y los bienes. De este modo, o el poder del titular de un derecho real sería mediato como el del acreedor, o bien el poder de éste debería estimarse inmediato como el del titular de un derecho real.

La absolutividad, según la doctrina común, caracteriza el derecho real por la posibilidad de ser violado por cualquier persona, mientras los créditos únicamente pueden ser incumplidos por determinados sujetos. Pero a esa afirmación opone Tilocca los supuestos de lesión por tercero del arrendamiento, de violación del derecho del comodatario por un tercero que destruya la cosa prestada. Incluso los créditos vulgares—a su juicio—pueden ser violados.

Además, estima que por lo menos en algunos derechos reales no existe obligación a cargo de la colectividad, fuera de los deberes impuestos por la corrección social y por la observancia de las normas jurídicas, y que, en cambio, de su lesión surge una verdadera y propia obligación. Considera que las mismas acciones específicas que tutelan la propiedad y las servidumbres no son sino *species* de la acción de daños, prevista en el artículo 2.046 del *Codice civile* (correspondiente a nuestro art. 1.902 C. c.). Aquéllas, como ésta, presuponen la violación de un derecho subjetivo, no ya el incumplimiento de una obligación.

Excluido el concepto del derecho real como reflejo de una obligación universal, queda por examinar si cabe referir una correlativa obligación a una cosa o a sujetos determinados. La primera hipótesis debe ser inmediatamente desechada: la cosa no puede sentir obligaciones ni por lo tanto soportarlas.

La segunda fué aplicada a los llamados derechos reales menores por Arangio Ruiz (*La struttura dei diritti reali su cosa altrui in Diritto romano*, Napoli, 1927), Natoli (*Il diritto soggettivo*, Milano, 1934) y Messineo (*Le servitù*, Milán, 1949). Estos autores limitaron la relación *erga omnes* a la propiedad y la enfiteusis, y entendieron los otros derechos reales como relaciones jurídicas entre sus respectivos titulares, de una parte, y de otra, el propietario—concedente o sucesivo—, sujeto de una obligación esencialmente negativa, como las de *no hacer* o *no oponerse*, y—según Milani (*Distinzioni delle servitù prediali*, 1948)—positiva en las servidumbres *in faciendo*.

Si esta tesis fuese exacta podrían distinguirse tres clases de derechos patrimoniales: la propiedad, los derechos reales menores y los créditos.

Pero, según Tilocca, esta obligación no es sino una sombra. Deriva exclusivamente de la circunstancia de que los derechos de uno y otro sujeto tienen el mismo objeto. Son fruto de la intersección de las relaciones correspondientes a ambos derechos. El deber del propietario de no tener un comportamiento perjudicial para el propietario vecino no es el contenido de una obligación, sino un efecto de los límites impuestos a su propio derecho. Al excusarse en su ejercicio violaría la norma y, por tanto, el derecho del vecino e incurriría en la sanción del artículo 2.043 del *Codice* (1.902 Cod. civ. español). La misma doctrina aplica a las servidumbres. Incluso a las negativas, cuyo contenido, según otros autores, consiste en una relación obligatoria. Tales: Giorgianni (*Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940, y *L'obbligazione*, Catania, 1945) y Ferrante (*Il concetto di diritto*

*soggettivo ed alcune sue applicazioni*, Milano, 1947)—que llega a negar que el nacimiento de una servidumbre negativa lleve aparejado el nacimiento de un derecho subjetivo—, que han desarrollado ideas apuntadas por Scialoja (*Sulle servitus oneris ferendi*, en *Studi Giur.*, I, Roma, 1933).

B) *Criticas del concepto realista y de la concepción dominante de los derechos de crédito.*

Estima, Tilocca, excesivas las concepciones de Pacchioni (*Il concetto dell'obbligazione* en «*Riv. Dir. Comm.*», 1924, I) y Rocco (*Il fallimento*, Milano, 1927), que sostuvieron que el crédito en esencia consiste en un derecho sobre los bienes del deudor, y que la obligación no es más que un simple deber religioso—Binder—o un deber final—Brunetti (*Il diritto del creditore*, en «*Riv. Dir. Comm.*», 1916, I)—o un acto libre—Sohn—o un deber al que corresponde una simple expectativa—Pacchioni—.

A su juicio, si fuera así no tendría explicación la norma del artículo 1.197 del *Codice civile* (correlativo al 1.116 C. c. español), por la cual el deudor no puede liberarse con una prestación diversa, aún cuando fuera de igual o mayor valor; ni la de los artículos 1.218 y 1.223 del propio *Codice* (cuya doctrina corresponde a la que expresan los arts. 1.105 y 1.106 Cod. civ. español): el acreedor debería poder actuar siempre contra el patrimonio del deudor y no sólo en caso de incumplimiento culpable o doloso.

Donde existe un crédito—concluye—debe existir un débito.

Pero, según la doctrina dominante crédito y obligación son dos términos perfectamente recíprocos, en el sentido de que la realización del derecho es la consecuencia necesaria de la actuación de la obligación. En cambio, según se observa en el trabajo que resumimos, la realización del crédito no supone siempre el cumplimiento de la obligación del deudor. Cabe la ejecución forzosa del crédito y en el pago o cumplimiento de la obligación, es necesaria, además, cierta actividad de acreedor.

Por eso, cree que la correlatividad es cierta en cuanto que el crédito presupone necesariamente un débito; pero que no alcanza a la conclusión de que la realización del crédito sea consecuencia necesaria de la actuación de la obligación. La función de ésta es más modesta: transforma de potencial en actual la posibilidad de realizar el derecho. La reciprocidad existe entre posibilidad potencial y obligación. El crédito se resuelve en un *agere licere*, que deviene tal en un segundo momento, por obra de un *quid* que está fuera de él.

C) *Los llamados derechos personales de goce.*

Estima que el llamado «*far godere*» del arrendador no consiste en una obligación positiva sino en un «*pati*». Como dijo Thon, sería inadmisibles e irrealizable una obligación de continua tensión de voluntad del arrendador. Y, de existir, ninguna persona consciente arrendaría sus bienes.

Carnelutti (*Diritto e processo nelle teoria delle obbligazioni*, en «*Studi per Chiovenda*», Padova, 1927) y L. Coviello, junior (*L'obbligazione negativa*, I, Napoli, 1931), ya señalaron el contenido negativo de esa obligación correspondiente a los llamados derechos personales de goce.

Pero Tilocca llega más lejos. A su juicio, dicha obligación no se concreta

en una abstención de gozar. En efecto, si el goce del titular del derecho dependiese del cumplimiento de esa obligación, debería cesar de gozar así que el concedente manifestare su voluntad de no querer cumplirla. Es decir, lo contrario de lo que sucede en la realidad.

Este goce del arrendatario ha querido explicarse a través de una autorización del arrendador—Ratti (*Sull diritto di godimento del locatario*, en «Studi per Vivante», II, Roma, 1931)—o un poder irrevocable de goce—Bassanelli (*Introduzione allo studio della locazione dei fondi rustici*, en «Scritti in memoria de Arcangeli», Padova, 1939)—concedido al inicio por todo el tiempo de duración del arrendamiento. Pero con esta concepción, de acuerdo con lo que dice Giorgianni (*Contributo alla teoria del diritto di godimento su cosa altrui*, Milán, 1940), se llega a anular la función del «*pati*» y se confiere al «*godere*» caracter autónomo.

Por eso, Tilocca cree que la obligación de abstención del arrendador se refiere a la facultad de disponer del derecho en perjuicio del arrendatario (así aparece en nuestro art. 1.571 del Código civil, según el cual el arrendador que vendiere la cosa arrendada, dando lugar a la extinción del arrendamiento, debe indemnizar al arrendatario los daños y perjuicios que se le causen).

En los casos en que el arrendamiento es oponible a los terceros adquirentes de la cosa arrendada, estima que hay cesión del contrato de arrendamiento por voluntad de la ley—tesis defendida por Puleo (*La cessione del contratto*, Milán, 1939) y Funaioli (*In torno al concetto di realita e di diritto di godimento su cose altrui*, en «Riv. int. di Fil. del Dir.», 1942). Claro que—añadimos nosotros—, correlativamente a lo que el propio Tilocca afirma respecto al goce, podría decirse que aquí se anula también el «*pati*»—en este caso la obligación de no disponer en perjuicio del arrendatario—y que el «*godere*» de éste se vincula a la cosa, aunque ésta cambie de dueño.

Barbero (*Il credito en el sistema dei rapporti giuridici*, en «Scritti giur. in onore di L. Barassi», Milán, 1934, y «Sist. inst. di Dir. priv. it.», Torino, 1949), dice que los llamados derechos personales de goce constituyen una clase intermedia entre los derechos reales y los créditos, teniendo de unos el «*agere licere*» y de los otros la relatividad.

Giorgianni (*ops. cit.*) divide los derechos según su contenido y según su reflejo respecto de tercero. En el primer aspecto distingue los derechos de obligación, de goce y de garantía. En el segundo aspecto los clasifica en derechos reales y derechos no reales.

Mosco (*I frutti nel diritto positivo*, Milano, 1947), distingue los derechos de goce en reales y personales según sean independientes en el desarrollo de su vida del derecho de su causante.

Tilocca no acepta ninguna de estas tesis. A su juicio la oponibilidad a tercero de los derechos deriva de su inscripción o de su tradición efectiva, y ni una ni otra tienen influencia sobre la naturaleza de los derechos. No son más que simples medios de publicidad. Son actividades posteriores al nacimiento del derecho real. Aparte de creer que el derecho debe ser oponible a tercero en cuanto real; no real por ser oponible.

#### D) Construcción de los derechos reales y los de crédito.

En conclusión, afirma Tilocca que el derecho real es un derecho intransi-

tivo, o sea, supone una situación ventajosa aislada; mientras el crédito es un derecho transitivo, o sea, una situación subjetiva ventajosa cobijada en una relación subjetiva onerosa. Por tanto—resuelve—entre los derechos patrimoniales, sólo el crédito necesita la existencia de una obligación y, por lo tanto, de una verdadera relación jurídica.

Como corolarios de lo dicho entiende: Que las llamadas obligaciones *propter rem* suponen en su aspecto activo verdaderos créditos, puesto que se enlazan en una relación intersubjetiva onerosa. En cambio, que los llamados derechos reales de garantía no son derechos reales, aunque tampoco meras instituciones procesales.

El derecho real nace como posibilidad *in actu*, mientras el crédito nace como posibilidad potencial. En el derecho real, la norma inviste directamente al titular de la disponibilidad de los bienes; en cambio el titular de un crédito sólo lo ejercita a través de la obligación del deudor o por un medio equivalente.

Barbero (*ops. cit.*), ha negado al crédito su calificación de derecho subjetivo. Según Tilocca, si el derecho subjetivo fuese un *agere licere* el crédito no sería derecho subjetivo. Pero—para él—derecho subjetivo es la posibilidad incondicionada de realizar un determinado interés; por lo cual todo crédito por estar subordinado a algún interés, no puede entenderse excluido del número de los derechos subjetivos.

Su carácter patrimonial distingue a los derechos reales de los demás derechos intransitivos, y a los derechos de crédito de los demás derechos transitivos.

J. V. de G.