

LA PROHIBICION DE AUTOCONTRATACION EN LA REPRESENTACION LEGAL. ESTUDIO HISTORICO Y REGULACION ACTUAL

Prof. Gema Tomás Martínez

Sumario: 1. El autocontrato como concepto moderno. 2. La cuestión en Derecho romano. 2.1. Límites de autocontracción del tutor en Derecho romano clásico. 2.1.1. Prohibición de comprar por el tutor cosas del pupilo. 2.1.2. El préstamo del pupilo al tutor. 2.2. Evolución en derecho postclásico. 3. Referencias en Derecho visigodo y castellano al contrato consigo mismo. 3.1. Regulación en las Partidas. 3.2. La Novísima Recopilación. 4. La recepción del tema en el Código civil. 4.1. El conflicto de intereses en la representación legal. 4.2. La prohibición de transmisiones onerosas entre cargo tutelar y representado.

1. El autocontrato como concepto moderno

Con el nombre de autocontrato se conoce el fenómeno por el cual un sujeto celebra un contrato consigo mismo. Es el caso del representante que realiza el negocio en nombre del representado y en el suyo propio. Su sola denominación pugna con la esencia misma de contrato concebido como acuerdo de voluntades, y basado en el consentimiento de dos personas que acercan sus intereses para producir efectos jurídicos.

La autocontratación resulta estrechamente vinculada a la representación, a la actuación de una persona en nombre propio y en el de otro¹.

¹ El enlace del autocontrato con la representación no es una cuestión pacífica. Algunos autores consideran que son dos fenómenos que no van necesariamente unidos, sino que puede existir autocontratación sin que exista representación. Defiende esta tesis F. DE CASTRO Y BRAVO, «El autocontrato en el Derecho privado español», *RGLJ* t.151, (1927) pp. 365-366, y aporta como ejemplos el caso de la sociedad reducida a un solo miembro, el de la mujer casada que establece la situación de los parafernales o el caso de herencia aceptada a beneficio de inventario. En esta línea también R. ROCA SASTRE, «La autocontratación y los patrimonios especiales. De los actos consigo mismo o algo más sobre la autocontratación», *RCDI* (1927) pp. 506-512, con observaciones a cargo de J. GONZÁLEZ MARTÍNEZ (pp. 512-521) quien parte de admitir que una persona puede ser titular de varios patrimonios especiales y establecer relaciones entre ellos. Sin embargo, la postura mayoritaria considera que existe una relación intrínseca entre la problemática del autocontrato y el mecanismo de la representación. En este sentido, M. DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, *El*

En un sentido moderno, la doctrina sitúa su origen en la época medieval, cuando la necesidad del tráfico comercial hace surgir la costumbre de que el comisionista entre en el negocio del representado y compre lo que se le ha encargado vender, o venda lo que se le ha encargado comprar. Un uso muy extendido, al parecer, en las ciudades italianas y alemanas². En Roma, sin embargo, la representación tenía un espacio restringido y en rigor no se conocía esta institución. Además, la propia estructura de algunos contratos y de actos de transmisión dominical formales imposibilitaban *per se* la celebración de un autocontrato. No obstante, aunque ciertamente el Derecho romano no supo del fenómeno del autocontrato, sí que en él se produjeron situaciones que hoy caerían dentro del mismo, y que fueron abordadas por la jurisprudencia romana, como se verá más adelante.

Más allá de estos antecedentes que explican la razón de ser de varios preceptos e incluso de su emplazamiento en el Código civil, lo cierto es que fue la preocupación dogmática del siglo XIX la que revela la figura de la autocontratación al terreno conceptual. Hasta entonces no pasaba de ser una costumbre, permitida en ciertos ámbitos, y prohibida por la ley en otros tantos. A partir de entonces, sin embargo, se plantea la cuestión de su posibilidad jurídica, e incluso psicológica³, de

auto-contrato, Madrid, 1990, pp. 67-87, entiende que estos casos en los que el autocontrato parece estar desvinculado de la representación, en puridad, no son verdaderos autocontratos. La similitud con ellos es puramente formal. Incluso el mismo DE CASTRO (p. 367) reconoce que «en la práctica los casos en que presenta mayor interés el autocontrato son los de representación voluntaria o legal, pues en ellos se manifiesta con la mayor gravedad la oposición de intereses.»

² Este es el origen que le atribuye DE CASTRO, [n.1] pp. 337-338. Le sigue en esta idea la doctrina española. Por todos, L. Díez-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, reimp. 1992, pp. 200 ss.

³ El primer estudio del siglo XIX se debe a RÖMER, «Rechtsgeschäft des Stellvertreter mit sich selbst», *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, XIX. (citado por DE CASTRO, *op. cit.*, p. 334). Se abre con esta obra un período en el que comienza a pronunciarse la doctrina sobre el tema, su admisibilidad y naturaleza jurídica (ver el estudio sistemático que hizo este último autor citado en pp. 339 ss. Entre los trabajos más actuales sobre el tema destacan los del Prof. A. WACKE. En este trabajo se citará la conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado bajo el título: «La autocontratación en el derecho de representación romano y moderno», *AAMN*, vol. XXIX (1990) pp. 243-268 (texto ampliado de las conferencias pronunciadas en el Colegio de Notarios de Barcelona (1985) y en la Academia Matritense del Notariado (1987). Más ampliamente, otros trabajos del mismo autor: «Selbstkontrahieren im römischen Vertretungsrecht», *Iuris professio, Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien/Köln, 1986, pp. 289-317, y en «Tilgungsakte durch Insihgeschäft. Zur Leistung eines Tutors oder Prokurators an sich selbst», *Savigny-Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, rom. Abt.103 (1986) pp. 223-247, y los que referencia sobre el estado actual de la cuestión en derecho alemán. En Italia no puede dejar de mencionarse la obra de C. D'ONISI, *Il contratto con se stesso*, Camerino, 1982.

que un solo sujeto realice un «contrato consigo mismo». Expresión esta última más correcta a todas luces que la de «autocontrato»⁴, a pesar de que ésta resulta mucho más impactante por su laconismo paradójico —razón, sin duda, de su mayor arraigo—. Se abre entonces la puerta a las más variadas construcciones sobre su configuración jurídica y a la cuestión de su admisibilidad. Hoy está aceptada tanto por la jurisprudencia⁵ como por la doctrina⁶, que avalan sin ambages esta fórmula de simplificación del tráfico jurídico. Sin embargo continúa resultando controvertida la de su naturaleza jurídica, oscilando entre quienes lo caracterizan como contrato⁷ y los que postulan su calificación como acto jurídico unilateral con matices diversos⁸.

⁴ En el ámbito mercantil se ha impuesto la expresión «autoentrada», introducida en España por M. TRAVIESAS, «La representación y otras figuras afines», *RDPriv* núm. 113 (1923) pp. 33-50. Se trata de la traducción literal del alemán *Selbsteintreitt*. En Alemania (WACKE, [n-3] p. 246) prefiere la expresión *Selbstkontrahieren* (contratar consigo mismo) o *Insichgeschäft* (negocio concluido consigo mismo). En términos específicos, sobre agentes de Bolsa, ver J.M. OTERO LASTRES, «La autoentrada de los Agentes de Cambio y Bolsa», *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Prof. A. Polo*, Madrid, 1981, pp. 782-810.

⁵ La jurisprudencia ha evolucionado a lo largo del siglo XX desde una posición originaria radicalmente contraria al autocontrato (STS 6 de marzo de 1909; 24 de marzo de 1930) hasta la tesis abiertamente favorable a la admisión. Contrariamente, la Dirección General de los Registros planteó la cuestión en términos más abiertos y progresistas. Así la Resolución de 29 de diciembre de 1922 entendió que debe admitirse: «cuando el representado dé para ello su autorización, o la ley la presuponga, cuando se trate de cumplir una obligación ya contraída, y en fin, cuando la causa jurídica o la correspondencia de intereses de ambas partes aleje toda sospecha de lesión en una de ellas». Precisamente, la situación fáctica objeto de discusión era la misma que la planteada ante el Alto Tribunal en 1909, la de una donación hecha a un hijo por su padre, y aceptada por éste en representación de aquél. La tesis registral fue ratificada años después en la Resolución de 30 de mayo de 1930; la de 9 de febrero de 1946; 15 de julio de 1952 y 30 de junio de 1956. Finalmente el Tribunal Supremo se incorpora a esta tendencia aperturista en los años 50 (ver sentencia de 5 de noviembre de 1956; y en adelante: 27 octubre de 1966; 21 febrero 1968) en la línea de que fuera de las situaciones en las que se detecte una posible situación conflictiva, no hay razón legal suficiente para negar eficacia al autocontrato como una forma lícita y simplificadora del tráfico jurídico. Precisamente los hechos sobre los que versaba la resolución citada que marca un punto de inflexión, también era relativa a una donación de padres a hijos. Sobre esta evolución, en detalle: F. SOTO NIETO, «El autocontrato o contrato consigo mismo», *Derecho vivo*, II, Madrid, 1971, pp. 327-354.

⁶ En la doctrina española ha sido minoritaria la postura que niega la existencia de la figura. Puede mencionarse a CASCOS, «Un contrato muy usual en España», *RCDI*, núm. 71 (1930) pp. 834 ss. Referencias de derecho comparado en esta línea negativa pueden encontrarse en DE CASTRO, [n.1] pp. 339 ss. y DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, [n.1] pp. 48 ss.

⁷ Las posturas más tradicionales intentaron encajar el contrato consigo mismo dentro de la categoría del contrato, por entender que no hay óbice, jurídicamente hablando, a que a través de la declaración de voluntad de una persona puedan producirse derechos y obligaciones entre dos patrimonios, sobre los cuales tiene derecho de disposición aquélla. Avala

No se tratará en este trabajo de elucubrar sobre la naturaleza del autocontrato, sino que se destacará a continuación la regulación histórica y también actual que tiene esta institución respecto a la representación legal, así como sus límites en la contratación de bienes de aquellos de cuya administración se ocupan. Resulta curioso que el Código civil preste notable atención a la posibilidad de que el cargo tutelar contrate en su nombre y en el del tutelado, no sólo en sede de tutela, sino también de compraventa, a pesar de ser una hipótesis poco frecuente; a diferencia de lo que acontece con la representación voluntaria. Concretamente, con relación a la compraventa, el artículo 1.459 del Código civil, precepto significativo en nuestro Derecho en esta materia, alude en el primer párrafo a la prohibición que afecta al tutor de adquirir co-

esta tesis la evolución dogmática respecto al derecho romano que supone considerar la obligación, no como un *vinculum iuris* entre dos personas, sino entre dos masas patrimoniales. Una recuperación de las mismas en Italia y Alemania, con sus referencias españolas, puede encontrarse en el clásico trabajo sobre el tema ya citado de F. DE CASTRO. También pueden verse recensiones de las diversas teorías sobre este controvertido tema en diversos trabajos como: TRAVIESAS, [n.4] pp. 33-50; A. ROVIRA MOLA, «Contrato consigo mismo», *N.E. Seix* t. V, Barcelona, 1953, p. 384; M.J. DE ROMEO Y LAGUNAS, «El problema de los negocios concluidos consigo mismo», *RDEA*, t.1 (1963) pp. 105-108. Otros han mantenido este mismo criterio como F. GARCÍA REVILLO Y GARCÍA, *El llamado autocontrato*, Salamanca, 1934, p. 39. Ver estudio de H. MASNATTA, *La autocontratación*, Buenos Aires, 1965.

⁸ F. de Castro sigue al jurista alemán Max RÜMELIN, *Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht*, 1888, quien fue pionero en postular una construcción del autocontrato no contractualista. Para De Castro, el autocontrato no es un verdadero contrato sino un acto jurídico unilateral, por el cual una persona con poder de disposición sobre varios patrimonios establece relaciones jurídicas entre ellos ([n.1] pp. 367-377; e igualmente en *Temas de derecho civil*, Madrid, 1972, pp. 114 ss.). Ahora bien, la aceptación de esta tesis plantea problemas porque no se ajusta al molde estricto de un acto unilateral. De hecho, el mismo De Castro lo configuró como acto unilateral de carácter especial (p. 372). Y ciertamente, DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, [n.1] pp. 65-66, considera que aunque formalmente responde a un acto unilateral, los efectos no son unidireccionales, sino que la voluntad de quien no consta formalmente en el contrato está latente en el mismo y conserva una necesaria autonomía, que refleja los intereses implicados negocialmente. Hay una declaración negocial de producción unisubjetiva y de estructuración bilateral. Así que morfológicamente no será un contrato, pero quizás estructuralmente sí que lo sea. En esta línea crítica se coloca también DíEZ-PICAZO, [n.2] pp. 203-206, para quien aun considerando que la unilateralidad es la más acertada, plantea problemas normativos en nuestro Derecho dado que no encaja en el art. 1.089 como fuente de obligaciones y habría que ver si el autocontrato debe valer como *lex privata* en la medida en que el representante ostente un especial poder de representación o de disposición sobre la esfera jurídica declarante, equiparándose a un contrato y en esta medida establecer los límites de su admisibilidad por cuanto se preserva la inmunidad del representado frente a cualquier lesión que pudiera experimentar. E igualmente J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. II-vol. 1.º, Barcelona, 1988, pp. 50-51, opina que existen dos partes contratantes desde el momento en que hay dos esferas de intereses diferentes.

sas del pupilo, y en un segundo lugar, al mandatario, el cual genera mayor fenomenología en materia de autocontratación.

Esto no tiene otra explicación que la que resulta de su génesis histórica que ha girado en torno a la tutela en las fuentes romanas, a la que se fue añadiendo posteriormente otras posibles situaciones de representación o administración de intereses ajenos, la mayoría ya previstos de forma dispersa y tangencial en el Derecho romano. Este no conoció la autocontratación, como se ha dicho anteriormente, pero sí percibió la situación que late en esta institución: el posible conflicto de intereses, el riesgo de abuso ante la tesitura en que se encuentra el representante, entre optar por el beneficio del representado o el suyo propio. Ese peligro atrae a todo ordenamiento jurídico y eso ocurrió también con el Derecho romano, y dado que en éste la representación voluntaria tenía un alcance muy restringido y el ámbito de la representación giraba básicamente en torno a la tutela —institución que por aquél entonces tenía mayor vigor y alcance que en la actualidad—, fue respecto a ésta que surgió la necesidad de aclarar las limitaciones del tutor a la disposición de bienes del tutelado.

Así se verá a continuación, al estudiarse en concreto la autocontratación con relación a la representación legal, cuya incidencia contractual en la actualidad, respecto a la representación voluntaria, es mucho menor, al contrario de lo que sucedía en la sociedad romana.

2. La cuestión en Derecho romano

En diferentes pasajes se pone de relieve la preocupación por el posible conflicto de intereses, que llevó a establecer ciertas prohibiciones a que un representante pudiera contratar consigo mismo, en nombre propio y en el del representado. Dichos textos fueron utilizados en el siglo XIX y principios del XX, en ocasiones para defender su admisión y en otras para pedir su prohibición⁹. Se trata de situaciones que se plantearon fundamentalmente sobre la tutela, sin perjuicio de su extensión por analogía a otros supuestos de representación voluntaria, cuya actuación en Roma era ocasional¹⁰. No hay referencias tampoco sobre

⁹ Ver el estudio profuso de la doctrina alemana clásica sobre el tema en DE CASTRO, [n.1] pp. 335 ss.

¹⁰ Sobre el *procurator*, entre otros, ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, *Studi* 3, pp. 497 ss. e Idem, «Ancora versus y falsus procurator», *SDHI*, 2 (1936) pp. 167 ss.; BONFANTE, «Facoltà e decadenza del procuratore romano», *Scritti* 3, pp. 250 ss.; BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino, 1950; BRETONE, «*Adquisitio per procuratorem?*», *LABEO*, 1 (1955) pp. 282 ss.; J. IGLESIAS, *Derecho romano*, 11.ª ed., Madrid, 1993, pp. 389-390.

contratos de un *pater* sobre cosas del *filius* o del esclavo, dado que éstos eran meros órganos sometidos a potestad, instrumentos al servicio de su actividad patrimonial.

2.1. Límites de autocontracción del tutor en Derecho romano clásico

En las fuentes romanas se encuentran referencias a dos contratos que pudiera celebrar el tutor en su nombre y en el del pupilo: la compraventa y el préstamo.

2.1.1. PROHIBICIÓN DE COMPRAR POR EL TUTOR COSAS DEL PUPILO

Con relación a la compraventa se enuncia como principio general el contenido en Dig 18,1,34,7 (Paul, *ad ed* 33), según el cual el tutor no puede comprar para sí mismo cosas del pupilo. Prohibición que se extiende por analogía a *curatores* y *procuratores*: *Tutor rem pupilli emere non potest: idemque porrigendum est ad similia, id est ad curatores procuratores et qui negotia aliena gerunt.*

Dicha regla se confirma en sede de tutela. El pasaje Dig 26,8,5,2 (Ulp, *ad Sab* 40), al referirse a la *auctoritas* y al consentimiento que puede prestar el tutor, afirma que no puede actuar él mismo como comprador y vendedor: *Item ipse tutor et emptoris et venditoris officio fungi non potest.*

No obstante, la nulidad del contrato que hubiese celebrado el tutor, en contra de la prohibición, no era definitiva, sino que el pupilo podía confirmar la compra llegada a la mayoría de edad. Así resulta de Dig 26,8,5,2 *in fine* (Ulp, *ad Sab* 40): [...] *sane si suae aetatis factus comprobaverit emptionem, contractus valet.*

El punto de partida de esta regulación es el ejercicio de la tutela en Roma, que obliga al tutor a obtener del patrimonio pupilar el máximo rendimiento posible. Para conseguirlo está legitimado en derecho clásico incluso para vender bienes, sin necesidad de autorización judicial alguna. De hecho, se le califica como propietario, en la medida en que la función del tutor romano en esta época no era la de velar personalmente por su guarda ni por su educación, sino por su fortuna, defendiendo sus intereses patrimoniales¹¹. Era algo más que un mero administrador, de ahí esa consideración de *dominus* del patrimonio pupilar que resulta de las fuentes¹²,

¹¹ Sobre el ejercicio de la tutela en ese sentido L. SANZ MARTÍN, *La tutela del Código civil y su antecedente histórico: la tutela romana*, Madrid, 1998, pp. 141 ss.

¹² Como los siguientes: Dig 26,7,27 (Paul, *ad Plaut* 7): *Tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem domini loco haberi debet.* O cuando dice que el tutor hace

y en ese sentido podía el tutor disponer de los bienes del pupilo, buscando su capitalización. O bien podía ocurrir que la venta fuera apremiante porque el pupilo necesitara dinero o incluso que se tratara de vender bienes perecederos¹³. Pues bien, cumpliendo con su función debía realizar aquellas operaciones patrimoniales integrando su falta de capacidad, pero su intervención le incapacitaría para comprar para sí lo que vende en nombre del representado¹⁴.

Además la prohibición no es sólo, como puede entenderse, para los casos de compra directa, sino que se advierte de su nulidad si se hace por persona interpuesta¹⁵. Algo lógico dado que la razón de esta prohibición no parece ser otra que la de evitar el conflicto en que podía verse implicado el tutor, que estaría tentado de comprar al precio más bajo posible, en contra de los intereses del representado. Ello explica la existencia en las fuentes de tres excepciones a dicha prohibición. Se trata de tres circunstancias en las que no hay tal riesgo dado que la determinación del precio en esos supuestos no queda a su voluntad. En primer lugar, cuando el tutor compraba de un cotutor, en el caso de que lo hubiese¹⁶; en segundo lugar, cuando lo hacía del acreedor pignoraticio¹⁷; y en tercero, cuando la compra se efectuaba en pública subasta¹⁸.

las veces de propietario: Dig 47,2,57,4 (Iul, Dig 22): [...] *quia tutor domini loco habetur*. O cuando se afirma que el tutor hace las veces de propietario en la administración de la tutela, pero no cuando despoja al pupilo de sus bienes: Dig 41,4,7,3 (Iul, dig 44): [...] *nam tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliat*.

¹³ Dig 26,7,48 (Hermog, iur. epit 1).

¹⁴ Aunque el sentido literal permitiría concluir que tampoco puede el tutor vender lo que el pupilo estuviera interesado en comprar, lo cierto es que el pasaje se refiere a la compra por el tutor, dado que ésa será la situación más probable en la que el pupilo pueda encontrarse. En cualquier caso, también sería una hipótesis prohibida. Así lo entiende WACKE, [n.3] p. 261, tomando en consideración Dig 18,1,34,7 (Paul, ad ed 33).

¹⁵ Dig 26,8,5,3 (Ulp, ad Sab 40): *Sed si per interpositam personam rem pupilli emerit, in ea causa est, ut emptio nullius momenti sit, quia non bona fide videtur rem gessisse: et ita est rescriptum a divo Severo et Antonino*.

¹⁶ Dig 26,8,5,2 (Ulp, ad Sab 40): [...] *sed enim si contutorem habeat, cuius auctoritas sufficit, procul dubio emere potest, sed si mala fide emptio intercesserit, nullius erit momenti ideoque nec usucapere potest*. Sobre la cotutela puede verse E.VARELA, *De cotutoribus*, Madrid, 1979.

¹⁷ Dig 26,8,5,5 (Ulp, ad Sab 40): *Sed et si creditor pupilli distrahat, aequae emere bona fide poterit*.

¹⁸ Dig 41,4,2,8 (Paul, ad ed 54): *Tutor ex pupilli auctione rem, quam eius putabat esse, emit. Servius autem posse eum usucapere: in cuius opinionem decursum est eo, quod deterior causa pupilli non fit, si propius habeat emptorem, et, si minoris emerit, tutelae iudicio tenetur ac si alii minoris addixisset: idque et a divo Traiano constitutum dicitur*. Igualmente en Cod, 4, 38,5: [...] *Quum ipse tutor nihil ex boni pupilli, quae distrahi possunt, comparare palam et bona fide prohibetur*[...]. La mención a Servio Sulpicio en Dig 41,4,2,8 hace pensar a WACKE, [n.3] p. 257, que la prohibición de autocontratos de com-

Resulta especialmente interesante esta última, que sigue siendo objeto de especial referencia en el derecho vigente (cfr. art. 1.459 Código civil).

La prohibición de autocontratación para el tutor, relativa a la compraventa, se extiende por analogía a los *curatores* y a los *procuratores*¹⁹, como antes se ha visto; y los emperadores también la aplicaron a los funcionarios, salvo que tuvieran permiso expreso para autocontratar²⁰. La idea central es por tanto evitar todo riesgo de abuso por parte de quien esté gestionando o administrando un patrimonio ajeno. Situaciones todas ellas que recoge el actual artículo 1.459 del Código civil.

Por ello el *ius civile*, según Ulpiano, no admitía que el tutor prestase su *auctoritas* en asuntos propios²¹. Y en consecuencia, con más razón, se le prohibía la autocontratación antedicha, en la que se corre el riesgo de abuso en un asunto de interés del pupilo, no del tutor, en el que éste podría beneficiarse de modo directo mediante la fijación de un precio a su medida. Por eso, allí donde no se vio riesgo, el espíritu fue el de la admisibilidad, como se ha recogido en las tres excepciones antes mencionadas.

En este sentido, puede decirse lo mismo de los actos liberatorios que suponían el mero cumplimiento de una obligación. Es decir, el tutor podía hacer y recibir pagos en el ejercicio de su cargo, e incluso

praventa entre tutor y pupilo «podría ser un poco más reciente que la de prestar la *auctoritas in rem suam*». En el mismo sentido se dice para el *procurator*, en el párrafo siguiente núm. 9: *Procuratorem quoque, qui ex aucionem, quam mandatu domini facit, emerit, ple-rique putant utilitatis causa pro emptore usucapturum*.

¹⁹ Dig 18,1,34,7 (Paul, *ad ed* 33).

²⁰ Dig 18,1,46 (Marcian, *sing de delat.*): *Non licet ex officio, quod administrat quis, emere quid vel per se vel per aliam personam: alioquin non tentum rem amittit, sed et in quadruplum convenitur secundum constitutionem Severi et Antonini: et hoc ad procuratorem quoque Caesaris pertinet*. Por tanto, la prohibición es más severa en la medida en que no sólo pierden lo que así han adquirido sino que además se les impondría una multa por el cuádruplo.

²¹ Dig 26,8,1, pr. (Ulp, *ad Sab* 1): *Quamquam regula sit iuris civilis in rem suam auctorem tutores fieri non posse [...]*. Tampoco podría intervenir en un proceso contra el tutelado, sería necesario el nombramiento de un tutor *praetorius* especial (Gai, 1,184); *curator* para Justiniano (Inst, 1,21,3). Según WACKE, [n.3] pp. 251-255, esta regla calificada por Ulpiano de *ius civile*, parece anterior incluso a la de prohibir la autocontratación en el contrato de compraventa antes vista. Comenta este autor una excepción importante que relata Ulpiano en el mismo lugar, relativa a la adición de una herencia de un deudor del tutor, de suerte que el tutelado se convertiría en deudor del tutor. Entiende que la excepción se justifica por cuanto esto último es un efecto secundario o mediato, siendo el inmediato el que el pupilo se convierta en heredero. De otro lado, el tutor responde siempre con la *actio tutelae* en el caso de que la adición le resultare desventajosa. Sobre la *auctoritas*, ver BONFANTE, *Corso de diritto romano*, I, *Diritto de famiglia*, Milano, 1963, pp. 600 ss., S. SOLAZZI, «Tutoris auctoritas e consortium», *Scritti di diritto romano*, 4 (1963), pp. 527-564; A. GUARINO, «Notazione romanistiche: I genesi storica dell'*auctoritas patrum*», *Studi in on. Solazzi*, Napoli, 1948, pp. 21-46.

consigo mismo: se cobraba del patrimonio del pupilo lo que éste le debiese, mediante el pago en nombre de éste (*sibi solvere*)²², y viceversa, pagaba al tutelado autoliberándose de una obligación pendiente (*a se exigere*)²³. En realidad, estos actos de cancelar las obligaciones y hacer efectivos los créditos formaban parte de sus deberes y la asunción de esta gestión patrimonial estaba rodeada de mecanismos para su control, como lo eran la carga de realizar un inventario del patrimonio pupilar²⁴, la llevanza de un control contable, y la exigibilidad de responsabilidad²⁵, con lo que el derecho romano diluía el posible abuso.

2.1.2. EL PRÉSTAMO DEL PUPILO AL TUTOR

Además de la prohibición del tutor de comprar bienes del representado, con las salvedades mencionadas, aluden las fuentes romanas a las posibles operaciones crediticias, en el doble sentido de préstamo del tutor al pupilo y del pupilo al tutor. Y como antes se ha dicho, la lectura de las fuentes obliga a plantearse de un lado la concepción dinámica de la función tutelar que le exige obtener un provecho de su patrimonio y procurar acrecentarlo en lo posible; y de otro lado, el posible conflicto de intereses.

En este sentido se prohibió que el tutor concediese un préstamo a su pupilo, como refleja Dig 26,8,5, pr (Ulp, *ad Sab* 40)²⁶, porque ello implicaba su endeudamiento; pero sí era admisible lo contrario, que el prestatario fuera el propio tutor, como refleja Dig 26,7,9,7 (Ulp, *ad ed* 36), porque ésta era una forma de capitalizar su dinero²⁷. La validez de

²² Dig 26,7,9,3 (Ulp, *ad ed* 36): *Et generaliter quod adversus alium praestare debuit pupillo suo, id adversus se quoque praestare debet, fortassis et plus: adversus alios experiri sine actione non potuit, aduersus se potuit.*

²³ Dig 26,7,9,5 (Ulp, *ad ed* 36): *Sicut autem solvere tutor quod debet, ita et exigere quod sibi debetur potest, si creditor fuit patris pupilli: nam et sibi solvere potest, si modo fuit pecunia unde solvat [...].*

²⁴ La obligación de hacer inventario, so pena de responsabilidad por dolo: Dig 26,7,7, pr. (Ulp, *ad ed* 35). La obligación efectiva de hacer ese inventario fue impuesta por Arcadio y Honorio (C 5,37,24, pr.). Ver IGLESIAS, [n.10] p. 513.

²⁵ El régimen de responsabilidad del tutor pasó por diferentes etapas. Entre otros: VARELA, «La *actio tutelae* y la infamia», *Estudios Iglesias*, 1988, pp. 155 ss.; DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore nel diritto giustiniano*, Bari, 1954; A. GUZMÁN, *Caución tutelar en Derecho romano*, Pamplona, 1974 e Idem, *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana*, Pamplona, 1976.

²⁶ Dig 26,8,5, pr. (Ulp. *ad Sab* 40): *[...] sed et cum solus sit tutor mutuum pecuniam pupillo dederit vel ab eo stipuletur, non erit obligatus tutori: naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus est... [...].*

²⁷ Dig 26,7,9, 7 (Ulp., *ad ed* 36): *Non tantum autem sibi solvere tutor, verum etiam sibi creditam pecuniam scribere potest, ut Marcellus libro octavo digestorum scripsit, seque mutua pecunia poterit obligare sibi mutuum proscribendo.*

esta operación, que hoy calificaríamos de autocontrato, derivaría de la perfección del contrato literal correspondiente mediante la anotación por parte del representante en el libro de cuentas, como era costumbre en Roma, lo que daría lugar al nacimiento de esa obligación, quedando vinculado a su devolución de modo similar, como dice el texto, a cuando paga algo que debe al pupilo. En cuanto a los intereses, parece que debiera pagar el más alto posible (*masimae usurae*), como resulta de Dig 26,7,7,4 (Ulp, *ad ed* 35): *Pecuniae, quam in usus suos converte-runt tutores, legitimas usurae praestant [...]*²⁸, en lógica consecuencia de su deber de rentabilizar al máximo el patrimonio pupilar.

Esto es, el propio cargo de tutor le obligaba a emplear bien el capital del pupilo²⁹, a obtener del mismo la máxima rentabilidad posible (Dig 26,7,13,1 (Gai, *ad ed prov* 12), bien colocándolo en inmuebles o prestándolo a interés, incluso a sí mismo. En ese sentido se comprende que se aceptase que el préstamo fuera al propio tutor, en la medida en que lo que busca éste es el interés del pupilo. Al autoaceptar un préstamo del tutelado está cumpliendo su obligación, sirviendo a los intereses del representado, sin perjuicio de que con ello, simultáneamente, cubra una necesidad propia. El posible riesgo se desvanecía merced a la regulación de la responsabilidad tutelar y al propio sistema crediticio romano.

2.2. Evolución en derecho postclásico

El derecho romano, desde finales del siglo II dC. limita en gran medida la libertad de disposición del tutor respecto a los bienes del pupilo y va desapareciendo progresivamente la consideración de propietario que inicialmente tenía. Un senadoconsulto de la época de Severo y Caracalla del año 195 dC. le prohibió enajenar fundos rústicos y suburbanos sin la autorización del magistrado, y además, la operación debía estar prevista en el testamento del *pater*, o bien resultar necesaria para pagar deudas del pupilo de cuantía tan elevada que no pudieran afrontarse de otro modo³⁰.

Posteriormente la jurisprudencia romana fue extendiendo estas limitaciones a todo tipo de inmuebles y también a cosas de cierto valor, generalizándose en época postclásica y justiniana, para acabar imponiéndose como necesaria la autorización judicial para proceder a la

²⁸ A juicio de WACKE, [n.3] p. 265, el criterio de concreción sería el que correspondiese a la costumbre del lugar.

²⁹ WACKE, [n.3] pp. 265-266.

³⁰ Dig 27,9, pr-4 (Ulp, *ad ed* 35).

venta³¹. Este control sobre la actuación del tutor llegó incluso a afectar a la posibilidad que tenía en derecho clásico de cobrarse una deuda a sí mismo sobre el patrimonio tutelar, en la medida en que el emperador Justiniano exigió también para ello autorización del juez³². Sin embargo, nada nuevo se añadió en esta etapa respecto a la relación contractual tutor-tutelado.

3. Referencias en Derecho visigodo y castellano al contrato consigo mismo

Es difícil saber cuál fue el criterio recogido en derecho visigodo³³. En la *Lex Visigothorum*, obra recopiladora de normas visigodas promulgada por el rey Recesvinto en el año 654, como en su versión castellana del siglo XIII conocida como Fuero Juzgo, se alude al deber de los tutores de guardar por el bien del pupilo y de que no vendan lo que no necesitan³⁴. Parece en tal sentido que pudieran enajenar si la situación lo demandare, y no consta expresamente la exigencia de autorización judicial. Esta ausencia contrasta con documentos mozárabes encontrados en los que sí aparece una preceptiva aprobación del alcalde o alguacil, y además que la venta se hiciera de forma pública, en subasta³⁵.

³¹ Ver las disposiciones del emperador Constantino en C 5,37,22, sobre la necesidad de autorización judicial, con la salvedad de poder vender sin autorización cuando se trate de vestidos usados y animales superfluos (C 5,72, 4: *Et sine interpositione decreti tutores vel curatores quarumcunque personarum vestes detritas et supervacua animalia vendere permittimus*).

³² C 5,37,25: [...] *licere debitoris pupillorum vel adultorum ad eos solutionem facere, ita tamen, ut prius sententia iudicialis sine omni damno celebrata hoc permiserit*. [...] Sobre la tutela en época justiniana: G. CRIFÒ, *Rapporti tutelari nelle novelle giustinianee*, Pompei, 1965.

³³ Sobre la tutela en Derecho visigodo pueden verse las obras generales: K. ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda*, trad. Clavería, Barcelona 1944, pp. 310-330 y 327-351; A. D'ORS, *Estudios visigóticos*, II, *Código de Eurico*, Madrid, 1960, pp. 258 ss; y las referencias a la misma en A. MERCHÁN ALVAREZ, *La tutela de los menores en Castilla hasta fines del siglo XV*, Sevilla, 1976.

³⁴ La LV 3,4,3: *Ne tutores ab eis, quos in tuitione habeant, quascumque scripturas extorque presumant* (ed. K. ZEUMER, *Monumenta Germaniae Historiae (leges)*, vol. I, Hannover-Leipzig, 1902, p. 192); que el FJ 4,3,4 traduce: *Que los que defienden los huérfanos non les fagan fazer negun escripto: [...] Mas porque algunos defendedores los engannan por falagamiento, o por miedo, é fazen les dar recabdo, que les non demanden razon de sus cosas, o los fazen ende fazer algun escripto quen nunqua les fagan nenguna demanda, [...]* (MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Códigos antiguos de España*, I, Madrid, 1885, p. 33).

³⁵ MERCHÁN, [n.33] pp. 124 ss., recoge también las referencias a la cuestión en los diferentes Fueros.

Tampoco hay en este cuerpo normativo referencia alguna a la posibilidad de autoentrada en el negocio del propio representante.

Es en el derecho castellano donde reaparece la exigencia de autorización para poder disponer de bienes tutelares propia del derecho romano postclásico, y cuando afloran las prohibiciones romanas clásicas de contratación por el tutor de bienes del pupilo. Veamos en concreto las disposiciones contenidas en las Partidas y en la Novísima Recopilación, con el fin de recoger la tradición histórico jurídica de la prohibición romana antecedente del derecho vigente sobre el tema.

3.1. *Regulación en las Partidas*

Las Partidas contienen una regulación bastante detallada del deber de conservación de los bienes del huérfano y de la capacidad dispositiva del tutor. Este cuerpo legal recupera el sistema romano de la tutela y ello explica que de nuevo, como antes se ha dicho, se contemplen las referencias a las limitaciones que en Roma se imponían al tutor respecto a la adquisición de bienes pupilares.

La Partida 5,5,4³⁶ declara la inalienabilidad de los bienes de los huérfanos salvo necesidad o gran utilidad³⁷, con la prevención que se ha de tener ante esos actos dispositivos; que se traduce en la exigencia de intervención judicial para su licitud. Se añade a ello, por lo que nos atañe particularmente en este trabajo, que los tutores o guardadores no pueden comprar bienes del pupilo, salvo consentimiento judicial o de otro cotutor, si lo hubiera. Y aun así, la compra no es firme hasta transcurridos cuatro años desde que llegara a la mayor edad. No se establece ninguna otra excepción, como la adquisición en subasta que sí se contemplaba en Derecho romano:

³⁶ ALCUBILLA, [n.34] p. 527.

³⁷ En la Partida 6,16,18 se recogen los supuestos excepcionales en los que es posible la enajenación: a) para pagar las deudas que hubiese dejado el padre; b) para casar a alguna de sus hermanas, y por último c) para casarse él mismo, además de genéricamente «por otra razón derecha», como pudiera ser según MERCHÁN, la gran utilidad para el patrimonio del huérfano. Añade este autor que en las Partidas la venta de bienes raíces de los huérfanos por el tutor requiere como formalidad especial la realización de una carta de venta según un formulario legal que se adjunta (ver p. 131 y apéndice doc. núm. 31). También el Fuero Viejo de Castilla 5,4,2 (ca. segunda mitad del siglo XIII según G. SÁNCHEZ, *Libro de los Fueros de Castilla*, Barcelona, 1924) decía que «por tres cosas pueden vender los guerfanos: por gouerno, por debda de padre o madre, o por pecho de Rey. Por estas tres cosas pueden vender suos bienes los que oueren guardador [...] e si por cualquier destas tres cosas fueren vendidos algunos de los bienes de los guerfanos, deuelos vender aquel que los touier en guarda con consejo del Alcalde, e la venta que aynsi fuer fecha a aquel que mas dier [...]» (ALCUBILLA, [n.34] p. 99).

Como los guardadores non pueden comprar ninguna cosa de los bienes de los huerfanos que tienen en guarda: Tytores son llamados en latin los que son guardadores de los menores de catorze años. E estos atales no deuen enagenar las cosas de los huerfanos: fueras ende, quando les fuessen tan gran menester que non podrian al fazer, ó por gran pro dellos: e estonce se ha de fazer con muy grand sabiduria, e con otorgamiento del juez del lugar. Pero dezimos que ninguno de los guardadores, non pueden comprar ninguna cosa, de las que fueren de aquel, que tienen en guardia: fueras ende, si lo fiziesse con otorgamiento del juez del lugar, o de alguno otro que lo ouiesse otrosi en guarda tambien como el. E aun ha menester, que aquello quedesta guisa comprare del: que sea a pro del huerfano: e non a su daño. Ca si engañado se fallasse el menor, por razón de tal vendida, puedela desfazer, despues que fuere de edad cumplida, fasta quatro años: assi como dezimos en las leyes que fablan de la guarda de los menores, e de los bienes dellos.³⁸

Respecto a este tema, las Partidas incorporan además la importante novedad de referirse a la autocontratación de los padres. Afirma la Partida 5,5,2, con relación a la capacidad para vender, que ni el padre puede vender al hijo, ni el hijo al padre, porque no puede nacer obligación entre ambos, dado que son una misma persona:

Aquellos omes dezimos que pueden comprar, e vender, que son atales, que se pueden obligar cada vno dellos, el vno al otro. E por ende, lo que vendiesse el padre al fijo, que tiene en su poder o el fijo al padre, no valdria, porque non pueden fazer obligacion entre sí. Ca como quier que sean dos personas, según natura, e según derecho, son contadas por vna [...].

Por tanto, las Partidas contienen una referencia específica a la contratación del tutor consigo mismo sobre bienes del pupilo, e incorpora a esta hipótesis la relativa a padres e hijos, inexistente en Roma, ya que entonces carecía de sentido cualquier previsión al respecto. No obstante, en la negativa al contrato del padre consigo mismo en representación del hijo, por entender que jurídicamente son una misma persona, late una prolongación de la idea romana de absorción por el padre de la personalidad del hijo en el ámbito patrimonial³⁹. Y se anuncia con ello una doctrina que se mantendrá en nuestra historia jurídica hasta bien entrado el siglo XX al efecto de negarle toda validez, por entender que si son una misma persona, no se ajusta el negocio a la doble voluntad

³⁸ A juicio de MERCHÁN, [n.33] p. 130, esta disposición se entiende respecto a los bienes inmuebles, no de los muebles, que no exigen tal autorización judicial.

³⁹ DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, [n.1] p. 21.

necesaria para que exista contrato. Sobre esta premisa se apoyaron las tesis en su día reacias a aceptar el autocontrato⁴⁰. Incluso, las primeras ocasiones brindadas al Tribunal Supremo para que se pronunciase sobre el «contrato consigo mismo» giraron precisamente sobre la representación paterna. Y en torno a las mismas, el Alto Tribunal pasó de negar toda validez al negocio celebrado por el padre en nombre del hijo a principios del siglo XX, a su abierta admisión desde los años cincuenta⁴¹.

3.2. *La Novísima Recopilación*

Por su parte, la *Novísima Recopilación* recoge la interesante disposición (10, 12, 1)⁴², correspondiente a un ordenamiento de la Cámara del Rey Alfonso XI que prohíbe al tutor, curador o albacea que compre bienes del administrado. La actuación contraria a esta disposición se sanciona con la nulidad del contrato, sea la compra pública o privada, y además con la sanción del cuádruplo del precio para la Cámara del rey. Se titula «Prohibición de comprar bienes de menores y difuntos sus albaceas, tutores y curadores: D. Alfonso XI y D. Enrique III. En el Ordenamiento de las penas de Cámara, Capítulos 15 y 16:

Todo hombre que es cabezalero, ó guarda de huérfanos, ó otro hombre ó muger qualquier que sea, no pueda ni deba comprar ninguna cosa de sus bienes de aquel o aquellos que administrare; y si la compra pública o secretamente, pudiéndose probar la compra así fué fecha, no vala, y sea desfecha, y torne el quatro tanto de lo que valia lo que compró, y sea para nuestra Cámara. (Recopilación 5, 11, 23)

Esta disposición destaca, respecto a las Partidas, por su carácter más genérico y su mayor contundencia. De un lado, la prohibición se aplica tanto a la compra pública como privada, sin que parezca posible autorización judicial alguna, a diferencia de la ley de las Partidas antes vista. Este ordenamiento excluye expresamente que pueda ser

⁴⁰ Véase esta interpretación en DE CASTRO, [n.1] p. 21.

⁴¹ El Tribunal Supremo se enfrentó al tema por primera vez en la ya citada sentencia de 6 de marzo de 1909, resolviendo sobre una donación hecha por un padre a un hijo y aceptada por aquél en nombre de éste. Posteriormente pretende el padre que se reconozca como donación *mortis causa* a efectos de poder revocarla, o bien que se anule por entender que es un supuesto de autocontratación. El Tribunal Supremo no modificó su posición hasta la sentencia de 5 de noviembre de 1956, en la que ante un similar supuesto se acoge a la tesis aperturista que ya venía manteniendo la Dirección General de los Registros y del Notariado. Véase nota 5.

⁴² ALCUBILLA, [n.34] II, p. 731. Podría datarse esta disposición a finales del siglo XIV.

válida la autocontratación de forma pública, en contraste con la regulación romana que sí permitía la autoentrada del tutor si la adquisición era en subasta⁴³.

Este endurecimiento de la norma, a juicio de Gutiérrez, encuentra su explicación en que al estar los tutores obligados a vender lo más caro posible, podía temerse fundadamente que, abierta la puerta, recurrieran en las subastas a manejos oscuros en perjuicio de sus representados⁴⁴. Otros intérpretes de esta singular disposición creyeron más lógico, sin embargo, que lo único que perseguía este derecho territorial era simplemente establecer una pena para el caso en que se efectuase la compra, tanto pública como privada, sin autorización judicial⁴⁵. Esto es, con autorización judicial sería válida. Es llamativo además que se contemplase no sólo la nulidad del contrato realizado, sino también una sanción pecuniaria para quien violase la orden real.

De otro lado, ha de decirse que esta norma generó en el período previo a la aprobación del Código civil, la interesante cuestión de saber si era aplicable sólo a los representates legales, o si también lo era a los administradores voluntarios. De un lado, el título avalaba la primera opción porque aludía sólo a albaceas, tutores y curadores («cabazalero o guarda de huérfanos»), pero por otra parte la disposición se dirigía en el texto a «otro hombre o muger cualquier que sea». A favor de la primera interpretación se pronunció el Tribunal Supremo en sentencias de 1 de mayo de 1861 y de 18 de diciembre de 1866. Sin embargo, fue mayoritario el pensamiento contrario, basado en la propia letra de la disposición, que hablaba no sólo de guarda de huérfanos sino también, efectivamente, de cualquier representante. Además la propia *ratio legis* respaldaba este criterio, dado que la posibilidad de que una persona encargada de gestionar los asuntos de otra abuse de su posición, se puede dar tanto en situaciones de administración legal como voluntaria⁴⁶.

Esta última opinión debió influir en el momento de la Codificación, dado que las disposiciones de las Partidas y de la Novissima constituyen el eslabón histórico inmediato a la misma. Y en este sentido, con el

⁴³ DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, [n.1] p. 23.

⁴⁴ GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones*, IV, 3.ª ed., Madrid, 1877, p. 251.

⁴⁵ MERCHÁN, [n.33] p. 131.

⁴⁶ Ver SANCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, IV, 3.º, Madrid, 1888-1889, p. 491; MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, vol. X, Madrid, 1931, p. 99, y también F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, III, Madrid, 1852, p. 115. Criterio que comparte DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, [n.1] p. 25.

precepto concluyente de la Novísima, la opinión de la mayoría de los tratadistas fue la de que el ordenamiento español prohibía de manera general la adquisición por el representante en nombre propio y en el del representado, cualquiera que fuese la causa o poder de administración sin excepción alguna. Desde el derecho romano clásico, la norma se había ido haciendo más restrictiva, limitando las posibilidades del tutor en el ejercicio de su cargo, «borrándose» aquellas excepciones romanas de las que hemos dejado constancia y generalizándose a otras situaciones representativas. No obstante, la cuestión no debía estar clara, de suerte que entró en el Código civil de forma atribulada.

4. La recepción del tema en el Código civil

Todos los proyectos de Código civil⁴⁷ abordaron la cuestión y tanto el Proyecto de 1851, como el Anteproyecto de 1882-1888, lo hicieron teniendo presentes los antecedentes citados. De modo que en la línea del derecho romano e histórico posterior, como no podía ser de otra manera, el Código civil no contiene una prohibición general de contrato del representante consigo mismo, sino que las referencias a situaciones de autocontratación aparecen dispersas en las tres sedes citadas: patria potestad, tutela y contrato de compraventa. Y de las tres, con especial atención a la tutela, lo que no sorprende habida cuenta de que desde el punto de vista histórico, en relación a la misma se había desenvuelto la regulación normativa de la cuestión desde la época romana, como se ha visto hasta ahora.

Es en la tutela donde se pone de relieve la recepción que se ha hecho de los antecedentes históricos vistos. Este planteamiento continúa tras la reforma de la institución tutelar en virtud de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, a pesar de que en la representación voluntaria, y no en la legal, es donde normalmente tiene lugar la autocontratación. De hecho la autorización para autocontratar se suele incorporar como cláusula de estilo a las escrituras de apoderamiento⁴⁸.

⁴⁷ C.A. CANO TELLO, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, Madrid, 1984, p. 78, menciona el Código de Gorosabel (Tolosa, 1832) de carácter privado, cuyo art. 140 dice: «el tutor no puede comprar cosa alguna del menor aun vendiéndose en pública almoneda», y el art. 141 añade: «no puede el tutor celebrar contrato con el menor y si lo celebrare será nulo.»

⁴⁸ Ver J.J. FERNÁNDEZ VARA, *Socio único, cónyuge, mandatario y otros autocontratos ante el Registro de la Propiedad*, Madrid, 1999, p. 12.

4.1. *El conflicto de intereses en la representación legal*

Tanto en Roma, como en las Partidas y en la *Novísima*, la prohibición dirigida a tutores y padres para que se abstuvieran de contratar en su nombre y en el del representado respondía al posible conflicto de intereses que la norma trataba de evitar. A ese posible conflicto, que late en la prohibición de autocontratación, tratan de dar respuesta tres preceptos del Código civil: el artículo 163, con relación a la patria potestad; y los artículos 221 y 1.459.1.º respecto a la tutela o, más bien, a cualquier cargo tutelar⁴⁹.

Con relación a la patria potestad, el artículo 163 del Código civil, sin sustanciales cambios respecto a la redacción originaria, contempla la hipótesis de que el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos. Prevé para tal caso el nombramiento de un defensor judicial que los represente en juicio y fuera de él⁵⁰.

El Tribunal Supremo entiende que hay conflicto de intereses cuando hay una incompatibilidad de éstos que ponga en peligro el patrimonio del representado. No se atiende al efectivo daño producido, sino a la mera posibilidad de que se produzca. Por ello, basta que exista contraposición de intereses para que cese la representación legal y sea preceptiva la presencia de una tercera persona, un defensor judicial⁵¹. Todo acto realizado en contra, sería nulo absolutamente⁵². Allí donde no hay oposición, como resulta en el caso de la donación pura a favor del hijo, no se plantearía su interdicción⁵³. Situación que ha generado una progresiva evolución jurisprudencial hacia su admisibilidad⁵⁴.

⁴⁹ Aunque los tres párrafos del artículo 221 se refieren al «tutelado», este precepto regula las prohibiciones que afectan a quien «desempeñe cualquier cargo tutelar», como reza literalmente el encabezamiento del mismo.

⁵⁰ Cfr. art. 159 del Proyecto de 1851; art. 132 del Anteproyecto de 1882-1888 y art. 165 del Código civil en su primera redacción, dado que el precepto resultó afectado por la reforma de la tutela (Ley 13/1983, de reforma del Código civil). Ver C.E. FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, Madrid, 1990. Sobre representación paterna y oposición de intereses, puede verse en particular entre otros: E. MARTÍNEZ-PIÑEIRO, «Representación paterna y oposición de intereses», *RDN* núm. 124 (1984), pp. 199-242; E. CASASÚS HOMET, «¿Requiere aprobación judicial la partición hereditaria en que interviene defensor judicial?», *RDN* núm. 126 (1984), pp. 371-378. Asimismo A. VENTOSO, *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Madrid, 1989.

⁵¹ Ver FLORENSA, [n.49] y DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, [n.1] pp. 121 ss.

⁵² L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, Madrid, 1983, pp. 364 ss. La jurisprudencia es unánime en otorgar esta sanción, sin perjuicio de que como apunta DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, [n.1] p. 167, pudiera haber otra solución *de lege ferenda*.

⁵³ Por todos, DE CASTRO, [n.1] p. 421.

⁵⁴ Ver notas 5 y 41. Contrasta esta solución con la que se plantea en Alemania, donde el §181 del BGB establece la norma general de que un representante no puede efec-

Por lo demás, los límites a la disposición sobre bienes de los hijos, vienen regulados en los artículos 164 y siguientes, en especial en el artículo 166 del Código civil, que exige previa autorización judicial para la enajenación y gravamen de determinados bienes. En el marco de los artículos 163 y 166 puede construirse la posibilidad de una autocontratación paterna.

Con relación a la tutela, el artículo 221, párrafo segundo, aborda el conflicto de intereses entre quien desempeña un cargo tutelar y el tutelado, prohibiendo representar a este último *cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses*. En este caso, el artículo 299 prevé el nombramiento de defensor judicial, al igual que el artículo 163 para la representación paterna. Se trata en este supuesto de un precepto incorporado en la reforma de la tutela de 1983, que interesa a la autocontratación, por cuanto se refiere al ejercicio de las funciones tutelares respecto a los intereses del tutelado, y a la existencia de conflicto de intereses. Tiene de especialmente novedoso el artículo 221.2.º la referencia a la doble representación, esto es, al tutor se le prohíbe representar al pupilo no sólo en acto en que intervenga en nombre propio sino también en el que lo haga en el de un tercero⁵⁵. Esta última hipótesis no se había tenido presente antes en nuestro Derecho.

En consecuencia, en la representación legal, a diferencia de la voluntaria, la simple existencia de intereses contrapuestos entre representante y representado basta por sí sola para que proceda remover al primero, como acontece en el artículo 163 respecto a los padres, y en el artículo 221.2.º respecto al tutor o curador, que cumple la misma función. Ese conflicto exige suspender la legitimación legal de aquél para gestionar los asuntos de éste y el nombramiento de defensor ju-

tuar consigo mismo ningún negocio jurídico actuando en nombre propio y en el del representado, a menos que le sea permitido, o que el negocio jurídico consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación. En consecuencia, se plantean problemas con la situación antedicha en la que no hay conflicto de intereses que haga necesaria su prohibición. De ahí que, como opina WACKE, [n.3] pp. 245-248, debe añadirse a las dos excepciones legales, una tercera excepción *praeter legem*, a saber, que el negocio sea exclusivamente ventajoso para el representado. Entiende este autor que se separa el BGB de todos los precedentes históricos que sólo conocen regulaciones específicas para el tutor o para los padres como representantes constituidos *de officio* o *ex lege*, pero que dado que el conflicto de intereses puede darse lo mismo en un apoderamiento derivado de una representación legal o voluntaria es lógica esa generalización. Cfr. Code civil, los arts. 450.3.º y art. 1.596; y art. 1.471 del Codice civile italiano.

⁵⁵ F. BADOSA COLL, en M. AMORÓS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, 1986, pp. 257-259; DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, [n.1] p. 172.

dicial (art. 299 y siguientes). La contravención de lo establecido se sanciona con la nulidad absoluta, como se dijo con relación a la patria potestad.

En cuanto a las posibles relaciones contractuales de naturaleza onerosa entre cargo tutelar y representado o tutelado, se contemplan expresamente en el párrafo tercero del mismo artículo 221.

4.2. *La prohibición de transmisiones onerosas entre cargo tutelar y representado*

Efectivamente, el artículo 221.3.º prohíbe concretamente a quien desempeñe algún cargo tutelar *adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título*. Se aborda aquí el tema de la prohibición de autocontratación a título oneroso, y se hace con un carácter más amplio que la tradicional prohibición de compra de bienes del pupilo, contenida en las fuentes romanas y en el derecho histórico. La redacción de este precepto procede igualmente de la reforma de la tutela llevada a cabo por Ley 13/1983, de 24 de octubre, si bien ya el Código en su redacción originaria hacía referencia a la cuestión en el artículo 275.4.º y en el artículo 1.459.1.º, pero de tal forma que ambos preceptos entraban en contradicción. Tal cuestión era motivo de discusión desde el viejo Proyecto de 1851 y su interés merece dejar reseña del mismo:

El proyecto de García Goyena en el artículo 236 establecía que: *el tutor no podrá comprar por sí ni por persona interpuesta la finca subastada, sin obtener la autorización del tribunal, que resolverá sobre ello, oyendo al consejo de familia*. El precepto no hacía excepción alguna. La cuestión resultaba controvertida porque no era coherente con el artículo 1.381 del proyecto citado, en el cual se prohibía que comprase bienes del pupilo, cualquiera que fuese el tipo de compra, sin que tuviese cabida autorización alguna. La antítesis era evidente. ¿Podía el tutor comprar la finca subastada, con autorización judicial, o le estaba vetado sin tal posibilidad? Anotaba García Goyena que a pesar del artículo 236, era lógica la prohibición absoluta, sin posibilidad de autorización alguna dado que el tutor está obligado a procurar que las cosas de los que están bajo su guarda se vendan lo más alto posible, y podía temerse muy fundadamente que sin esta prohibición absoluta recurriría en las subastas a manejos oscuros en perjuicio de su representado.⁵⁶ Pero entendía que como el interés de éstos sea la sola causa de la prohi-

⁵⁶ GARCÍA GOYENA, [n.46] p. 370.

bición, resulta que la compra subsistirá cuando sea ratificada por los mismos, siguiendo el precedente romano⁵⁷.

La prohibición pasó del artículo 236 al 275.4.º del Código Civil, con la única diferencia de que el nuevo precepto prohibía la compra en general, no sólo la de finca subastada sino la de cualquier tipo de bien, salvo que el tutor hubiese sido autorizado por el consejo de familia (no por un tribunal, como decía el proyecto de 1851)⁵⁸. Y de nuevo se pone de relieve la contradicción con el que había pasado a ser el artículo 1.459 (en el lugar del art. 1.381 del Proyecto de 1851). Esta contradicción entre el artículo 275.4.º, que admitía la autocontratación con la autorización correspondiente del consejo de familia, y el artículo 1.459.1.º⁵⁹, que prohibía al tutor tal adquisición de bienes del pupilo en todo caso —incluso en pública subasta—, se resolvió por la doctrina, en general, a favor del primero, por entender que era norma especial respecto a la general⁶⁰. Esto es, se entendió mayoritariamente que era posible la autoentrada del tutor con la autorización correspondiente. No obstante, había opiniones contrarias totalmente a esta autocontratación con apoyo en el artículo 1.459⁶¹.

⁵⁷ Según lo dispuesto en el entonces artículo 1.187 del proyecto de 1851, siguiendo el precedente del Dig, 26,8,5,2 *in fine* (Ulp, *ad Sab* 40). Ver supra epígrafe 2.1.1.

⁵⁸ El artículo 275.4.º, en su redacción inicial de 1889 decía: Se prohíbe a los tutores: «Comprar por sí o por medio de otra persona los bienes del menor o del incapacitado, a menos que expresamente hubiese sido autorizado para ello por el consejo de familia». El cambio aparece en el Anteproyecto de 1882-1888, en el artículo 241.

⁵⁹ El artículo 1.459, cuyo exhaustivo y completo análisis no procede en este lugar, contiene la prohibición especial de *adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia*, además de a los que desempeñen algún cargo tutelar, a quienes nos referimos aquí, a los mandatarios con relación a los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados, a los albaceas, empleados públicos, así como a magistrados y demás intevinientes en la administración de justicia, respecto a los bienes y derechos que estuviesen en litigio ante el Tribunal. Sobre la prohibición establecida en el artículo 1.459.2.º CC al mandatario, de especial interés, pueden verse entre otros: Díez-PICAZO, «La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios», *ADC*, XXXI, pp. 641-662; Idem, «Los efectos jurídicos de la gestión representativa», *ADC*, XXXI, pp. 489-507; A. GULLÓN BALLESTEROS, «Mandatario que adquiere en nombre propio», *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Federico de Castro*, I, Madrid, 1976, pp. 759-784; A.M. LÓPEZ Y LÓPEZ, «Comentario al artículo 1.459», en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1993, pp. 904-907; G. GARCÍA CANTERO, «Comentario al artículo 1.459», en *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, dir. M. Albaladejo, XIX, Madrid, 1980, pp. 126-141.

⁶⁰ DE CASTRO, [n.1] p. 424. En el mismo sentido, E. ESCOBAR DE LA RIVA, *La tutela*, Madrid, 1943, pp. 184 ss., para quien nuestro Código recuerda sin duda la Partida 5,5,4, que permitía al guardador comprar las cosas de éste.

⁶¹ MANRESA, [n.46] p. 97. Asimismo postura totalmente contraria a esta autocontratación han mantenido: CANO TELLO, [n.47] p. 79; GARCÍA CANTERO, [n.59].

La reforma de la tutela de 1983 abordó la cuestión. El artículo 275.4.º pasó a ser el artículo 221.3.º, el cual prohíbe toda adquisición y transmisión onerosa entre tutor y tutelado —no sólo la compra— sin que pueda salvarse con autorización alguna, ni del consejo de familia, que fue suprimido en la reforma, ni tampoco de la autoridad judicial, que viene a sustituir a aquél⁶². Fue un tema discutido en el *iter legislativo*, pero finalmente se eliminó la posibilidad de que existiera esa autorización, que inicialmente sí estaba prevista.⁶³

Así las cosas, hay coherencia entre la regulación en sede de tutela y de compraventa. Incluso se ha sostenido la opinión de que el artículo 221.3.º hace innecesaria la referencia al tutor en el artículo 1.459.1.º, y más aún, que este último precepto está derogado en dicho párrafo por el artículo 221.3.º que tiene una mayor extensión⁶⁴, dado que no se queda sólo en el riesgo de lesión por compra, único supuesto aludido en el artículo 1.459, sino que afecta a toda relación onerosa. En mi opinión, no se trata tanto de una derogación sino que el 1459.1.º habría quedado absorbido por 221.3.º, cuya formulación es comprensiva de todos los supuestos en los que existe un riesgo claro de lesión, ante cuya posibilidad el legislador considera que debe proteger al tutelado.

Puede decirse en definitiva que el derecho vigente tiene prohibida la autoentrada del tutor no sólo respecto a la celebración de compraventa de bienes pupilares, sino también de cualquier otro negocio de la misma naturaleza⁶⁵. Ni siquiera en subasta, puede autocontratar quien desempeñe un cargo tutelar, hipótesis que salvaba el derecho romano. Ni tampoco con autorización judicial, como permitían las Partidas.

La razón de fondo de esta prohibición, a juicio de Badosa Coll, es que el artículo 221.3.º se ocupa no del «conflicto de intereses» entre tutor y pupilo, sino de la «reciprocidad de intereses». El conflicto implica

⁶² La autorización que antes prestaba el consejo de familia, es suplida por la exigencia actual de autorización judicial, como acontece con las enajenaciones de bienes inmuebles ex art. 271 CC.

⁶³ Ver al respecto F.A. SANCHO REBULLIDA, *La tutela e instituciones afines*, Apéndice a J.L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia*, Barcelona, 1983, p. 18.

⁶⁴ DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, [n.1] p. 95.

⁶⁵ A criterio de M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, Madrid, 1989, p. 593, la prohibición para la permuta se confirma en el artículo 1.541. Según el autor estos preceptos de la tutela deben ser objeto de interpretación estricta, así no se prohíbe la transmisión si se trata de cumplir una obligación que tenga otra fuente, como por ej. un contrato anterior a la tutela, o si se trata de una transmisión verificada a consecuencia del ejercicio de un derecho que tenga su causa en el contenido prohibido (ejercicio de un derecho de opción o de un retracto).

que la satisfacción de todos los intereses en liza es imposible objetivamente, porque son incompatibles. Alguno será satisfecho, mientras que el resto deberá ser sacrificado. Sin embargo, cuando hay reciprocidad, existe compatibilidad, con independencia de que el grado de satisfacción sea equivalente, mayor o menor, porque eso depende de la situación jurídica concreta. Eso es lo típico de las relaciones onerosas a las que alude el 221, tercer párrafo⁶⁶ y que el legislador prohíbe para excluir toda posible lesión al tutelado. En ellas existe un riesgo intrínseco en cuanto que el propio tutor podría configurar por sí mismo una relación onerosa que fuera lesiva para aquél⁶⁷. Y el peligro se percibe con tal intensidad que no procede excepcionar la posibilidad de adquisición en pública subasta, a pesar de que su práctica conforme a los cauces legales evitarían el riesgo que la norma trata de eludir.

La contravención de esta disposición lleva consigo la nulidad, artículo 6.3.º CC, que debe entenderse absoluta. La razón que mueve a esta disposición es de orden público y en la representación legal el riesgo no puede salvarse mediante la autorización del representado⁶⁸, dado que éste no puede prestar consentimiento válido para contratar (art. 1.263 CC)⁶⁹. Contrasta este régimen con el relativo a la representación voluntaria, en la que sí es posible que el representado autorice la autocontratación, o la ratifique *a posteriori*⁷⁰. Su ausencia en este caso entrañaría nulidad relativa, sometida al plazo de caducidad de cuatro años.⁷¹ Además, los Tribunales salvan de la nulidad en este supuesto aquellos actos que aun no autorizados, no entrañen conflicto de intereses o bien si se trata de simples actos de ejecución.

Se ha sostenido por algún autor, sin embargo, que debería darse una situación particular a cada caso concreto ante la eventualidad de estar

⁶⁶ BADOSA, [n.54] pp. 260 ss.

⁶⁷ El riesgo de lesión para el caso de que el contrato lo celebre el tutor en nombre del pupilo con un tercero está contemplado como un caso posible de rescisión ex art. 1.291, párrafo primero (BADOSA, *ibidem*).

⁶⁸ Díez PICAZO en *Sistema de Derecho civil*, 9.ª ed., Madrid, 2001, p. 260.

⁶⁹ Ver R. LÓPEZ SAN LUIS, *La capacidad contractual del menor*, Madrid, 2002.

⁷⁰ En este sentido DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, [n.1] pp. 92-95. Sobre la autorización, ver Díez PICAZO, [n.2] y FERNÁNDEZ VARA, [n.48] pp. 19 ss. quien destaca que es materia imbuída de un alto grado de casuismo jurisprudencial.

⁷¹ Como dice Díez PICAZO, [n.2] pp. 222 ss. y [n.59] pp. 658 ss., las hipótesis de autocontratación en estos casos se consideran como hipótesis de contratos realizados por quien no tiene poder (art. 1.259 CC). Con relación a la autoentrada del comisionista, cfr. art. 267 del Código de Comercio, en el que se acepta que el comitente dé licencia al comisionista para que sea contraparte del negocio: «Ningún comisionista comprará para sí ni para otro lo que se le haya mandado vender, ni venderá lo que se le haya encargado comprar, sin licencia del comitente.»

ante casos que no sólo no perjudiquen al tutelado, sino que les beneficien⁷². En mi opinión, este criterio amén de inseguro y favorecedor de la discrecionalidad judicial, resultaría contrario a los principios que rigen la guarda de menores e incapacitados.

En suma, la regulación vigente prohíbe toda transmisión y adquisición onerosa entre guardador legal y representado, cualquiera que sea el acto a través del que tenga lugar, y sin que quepa autorización judicial alguna. Se han eliminado por tanto las posibles excepciones históricas que existían al respecto, como la adquisición en pública subasta, y la reforma de la tutela de 1983 ha armonizado la discrepante regulación de esta cuestión presente desde el comienzo de la codificación.

⁷² Como es el caso de BADOSA COLL, *ibid.*, quien considera que habría que analizar cada relación onerosa en particular, porque alguna podría ser especialmente beneficiosa para el tutelado y podría salvarse con la autorización correspondiente. De la misma opinión, LÓPEZ Y LÓPEZ [n.59] p. 907 favorable a la anulabilidad en los casos relacionados en los párrafos 1.º, 2.º, y 3.º del artículo 1.459 del Código civil.