Tutela y prohibición de autocontratación

Gema Tomás
Universidad de Deusto

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 otro[1]. Es comprensible entonces que dado que en Roma la representación tenía un espacio restringido, no se conociese esta institución. Por otro lado, la propia estructura de algunos contratos y de actos de transmisión dominical formales imposibilitarían *per se* el contrato de una persona consigo misma. La cuestión no aflora al terreno conceptual hasta que la necesidad del tráfico comercial medieval 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 alemanas[2].

[1] La vinculación del autocontrato con la representación no es del todo 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, R.G.L.J.* t.151, (1927) pp.365-366, y aporta como ejemplos el caso de la sociedad reducida a un solo miembro, y 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 pueda 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: M.DIAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, *El auto-contrato*, Madrid, 1990, pp.67-87, por entender que en esos otros casos en puridad no hay 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] Éste es el origen que le atribuye De CASTRO, [n.1] pp.337-338. Le sigue en esta idea la doctrina española. Por todos, L.DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, reimp. 1992, pp.200 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0221

Posteriormente, la preocupación dogmática del sigo XIX lleva a plantear la cuestión de su posibilidad jurídica, e incluso psicológica[3], de que un solo sujeto realice un "contrato consigo mismo". Expresión a todas luces más correcta que la de "autocontrato"[4], a pesar de que esta última resulta mucho más impactante por su laconismo paradógico –razón, sin duda alguna, de su mayor arraigo–. Se abre entonces la puerta a las más variadas construcciones sobre su configuración jurídica. La cuestión de la admisibilidad está hoy superada tanto por la jurisprudencia[5] como por la doctrina[6].

[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 periodo 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 esta comunicación se citará la conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notarido bajo el título: *La autocontratación en el derecho de representación romano y moderno*, en *A.A.M.N.*, vol. XXIX (1990) pp.243-268 (texto ampliado de las conferencias pronunciadas en el Colegio de Notarios de Barcelona (1985) y en la Academina Matritense del Notariado (1987). Más ampliamente, otros trabajos del mismo autor: *Selbstkontrahieren im römischen Vertretungsrecht, Iuris professio, Festgabe für Max Kaser zum 80.Geburstag*, Wien/Köln, 1986, pp.289-317, y en *Tilgungsakte durch Insichgeschäft. Zur Leistung eines Tutors oder Prokurators an sich selbst*, en *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 contrato con se stesso*, Camerino, 1982.

[4] En el ámbito mercantil se ha impuesto la expresión "autoentrada", introducida en España por M.TRAVIESAS, *La representación y otras figuras afines*, en *Revista Derecho Privado* 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 específicamente J.M.OTERO LASTRES, *La autoentrada de los Agentes de Cambio y Bolsa*, en *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 posiciones abiertamente favorables a la admisión. Contrariamente, la Dirección General de los Registros planteó la cuestión en términos más abiertos y progresistas desde la Resolución de 29 de diciembre de 1922, entendiendo que debe admitirse "cuando el representado de 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 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; 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 autocontratao 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 versaba sobre una donación de padres a hijos. Sobre esta evolución, en detalle:F.SOTO NIETO, *El autocontrato o contrato consigo mismo*, en *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*, en *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.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0221

Resulta controvertida en la actualidad, sin embargo, la de su naturaleza jurídica, oscilando entre quienes lo caracterizan como contrato[7] y los que postulan su calificación como acto jurídico unilateral, con diversos matices[8]. Más allá de elucubrar sobre la naturaleza del autocontrato, lo que se destacará a continuación es que el negocio que un representante concluye consigo mismo puede entrañar la posibilidad de un conficto de intereses, y en consecuencia, de riesgo de abuso, ante la tesitura de elegir entre el beneficio del representado o el suyo propio. Esa situación es lo que atrae la atención de todo ordenamiento jurídico y eso ocurrió también con el Derecho romano.

2. La cuestión en Derecho romano

El Derecho romano ciertamente no conoció el fenómeno del autocontrato en sentido moderno, pero sí que en él se produjeron situaciones que hoy caerían dentro del mismo, y que fueron abordadas por la jurisprudencia roma-

[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 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*, en *N.E.Seix* t. V, Barcelona, 1953, p.384; .MJ.de ROMEO Y LAGUNAS, *El problema de los negocios concluidos consigo mismo*, en *Revista de Derecho español y americano*, 1 (1963) pp.105-108. Otros han mantenido este mismo criterio como F.GARCÍA REVILLO Y GARCÍA, *El llamado auto-contrato*, 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; mantuvo esta hipótesis 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, aunque formalmente, responde a un acto unilateral, considera que 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 Diéz-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, equipararándose 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.1º, Barcelona, 1988, pp. 50-51, considera que existen dos partes contratantes desde el momento en que hay dos esferas de intereses diferentes.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0221

na. 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 pasajes fueron utilizados en el siglo XIX y principios del XX, en ocasiones para defender su admisión y en otras para pedir su prohibición[9].

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 limitada, restringida u ocasional[10]. Tampoco hay referencias sobre 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. Contrasta esta situación con la vida moderna, en la que la autocontratación tiene su importancia en la representación voluntaria y en la orgánica, dentro del ámbito societario. Las referencias positivas actuales a la representación legal, que corresponde a padres, tutores o curadores tienen un interés secundario desde el punto de vista práctico. Sin embargo sorprende la especial atención del Codigo civil a los mismos, sin duda por razones históricas como se verá a continuación.

2.1. Límites de autocontración del tutor en Derecho romano clásico

Se encuentran en las fuentes romanas 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 edictum* 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 Sabinum* 40), al referirse a la a*uctoritas* 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

[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; *Ancora versus y falsus procurator*, en *SDHI*, 2 (1936) pp. 167 ss; BONFANTE, *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, en *Scritti* 3, pp.250 ss; BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino, 1950; BRETONE, *Adquisitio per procuratorem?*, en *LABEO*, 1 (1955) pp.282 ss; J.IGLESIAS, *Derecho romano*, 11ª ed., Madrid, 1993, pp.389-390.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0221

la compra llegada a la mayoría de edad. Así resulta de Dig. 26,8,5,2 *in fine* (Ulp., *ad Sabinum* 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. De hecho, se le califica como propietario, en la medida en que la función del tutor romano no era la de velar personalmente por su guarda ni por su educación, sino por su fortuna, defendiendo sus intereses[11]. Era algo más que un mero administrador, de ahí esa consideración de *dominus* del patrimonio pupilar que resulta de las fuentes[12], 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 perecederos[13]. 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 representado[14].

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 interpuesta[15]. Algo lógico dado que la razón de esta prohibición no parece ser otra que la de evitar el conflicto de interés en que se vería 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 hubiese[16]; en segundo lugar, cuando lo hacía del acreedor

[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 Plautium* 7): *Tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem domini loco haberi debet.* O cuando dice que el tutor hace las veces de propietario: Dig. 47,2,57,4 (Iulianus, *digest.*22): [...] *quia tutor domini loco habetur.*O cuando se afirma que el tutor hace las veces de propietario cuando administra la tutela, pero no cuando despoja al pupilo de sus bienes: Dig. 41,4,7,3 (Iulianus, D*igest.*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 edictum* 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.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0221

pignoraticio[17]; y en tercero, cuando la compra se efectuaba en pública subasta[18]. 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 autocontratar[20]. 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 propios[21]. 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

[17] Dig. 26,8,5,5 (Ulp., ad Sab. 40): *Sed et si creditor pupilli distrahat, aeque 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 ait 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 tenebitur 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 prohibiciíón de autocontratos de compraventa 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 auctionem, quam mandatu domini facit, emerit, plerique putant utilitatis causa pro emptore usucapturum.*

[19] Dig., 18,1,34,7 (Paul., *ad edictum* 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:alioquim non tentum rem amittit, sed et in quadruplum cenvenitur secundum constitutionem Severi et Antonini: et hoc ad procuratorem quoque Casaris 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 y Ulpiano epit.11,24); *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 prohibiir 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*, en *Scritti di diritto romano*, 4 (1963), pp.527-564; A.GUARINO, *Notazione romanistiche: I genesi storica dell´auctoritas patrum*, en *Studi in on. Solazzi*, Napoli, 1948, pp.21-46.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0221

las tres excepciones antes mencionadas. Y lo mismo puede decirse 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 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]. Formaba parte de sus deberes el de cancelar las obligaciones y hacer efectivos los créditos; 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 pupilar[24], la llevanza de un control contable, y la exigiblidad de responsabilidad[25], 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, el otro contrato al que aluden las fuentes romanas son las posibles operaciones crediticias, en el doble sentido de préstamo del tutor al pupilo y del pupilo al tutor. Y como antes, 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 dinero[27]. La validez de 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

[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, adeversus 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 edict. 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*, en *Estudios Iglesias*, 1988, pp.155 ss; DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore nel diritto giustinianeo,* Bari, 1954; A. GUZMAN, *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 mutuam 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 mutuam proscribendo.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0221

cuentas, 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 edictum 35): Pecuniae, quam in usus suos converterunt tutores, legitimas usurae praestant [...][28], en lógica consecuencia de su deber de rentabilizar al máximo el patrimonio pupilar. Su propio cargo de tutor le obligaba a emplear bien el capital del pupilo[29], a obtener del mismo la máxima rentabilidad posible (Dig. 26,7,13,1 (Gai, 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 prohibe enajenar fundos rústicos y suburbanos sin la autorización del magistrado, y además, la operación debía estar o bien prevista en el testamento del *pater,* o bien resultar necesaria para pagar elevadas deudas del pupilo que no pudieran afrontarse de otro modo[30]. Posteriormente la jurisprudencia romana fue extendiéndo estas limitaciones a todo tipo de inmuebles y también a cosas de cierto valor, generalizándose en época postclásica y justinianea, siendo necesaria autorización judicial para proceder a la venta[31]. 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 juez[32]. Sin embargo, nada nuevo por lo que respecta a la relación contractual tutor-tutelado.

[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).

[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 justinianea: G.CRIFÒ, *Rapporti tutelari nelle novelle giustinianee,* Pompei, 1965.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0221

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

Es difícil saber cuál fue el criterio recogido en derecho visigodo[33]. En la *Lex Visigothorum,* obra recopilatora 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 necesitan[34]. Parece que pudieran enajenar en este sentido si la situación lo demandare, y no consta expresamente la exigencia de autorización judicial, ni tampoco referencia alguna a la posibilidad de autoentrada en el negocio del propio representante. Esta ausencia contrasta con documentos mozárabes encontrados en los que sí consta una preceptiva aprobación de alcalde o alguacil, y además que la venta se hiciera de forma pública, en subasta[35].

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. En concreto veamos las disposiciones contenidas en las Partidas y en la Novissima 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 se contemplen referencias a las limitaciones que en Roma se imponían al tutor respecto a adquisiciones de bienes pupilares.

La Partida 5,5,4[36] declara la inalienabilidad de los bienes de los huérfanos salvo necesidad o gran utilidad[37], con la prevención que se ha de tener ante

[33] En general 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; D´ORS, A., *Estudios visigóticos*, II, *Codigo de Eurico,* Madrid, 1960, pp.258 ss; y las refererencias a la misma en el trabajo de 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 huerfanos 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,* [...] (MARTINEZ 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.

[36] ALCUBIILA, [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*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0221

esos actos dispositivos; además exige 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:

> *Como los guardadores non pueden comprar ninguna cosa de los bienes de los huerfanos que tienen en guarda: Tvtores 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 facer con muy grand sabiduria, e con otorgamiento del juez del logar. 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 logar, 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]

Y en este mismo sentido, pero entre padres e hijos, dice 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

---

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 Castiella,* 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, develos vender aquel que los touier en guarda con consejo del Alcalle, e la venta que ainsi fuer fecha a aquel que mas dier [...]* (ALCUBILLA, [n.34] p.99).

[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.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0221

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 patrimonial[39]. Y se anuncia con ello una doctrina que se mantendrá en nuestra historia jurídica hasta bien entrado el siglo XX al efecto de negar toda validez a este autocontrato por entender que si son una misma persona no se ajusta el negocio a la doble voluntad necesaria para que exista contrato. Sobre esta premisa se apoyaron las tesis en su día reacias a aceptar el autocontrato[40]. Incluso, las primeras ocasiones brindadas al Tribunal Supremo para que se pronunciase sobre el tema del autocontrato giraron sobre la representación paterna. Y precisamente sobre las mismas, pasó de negar toda validez al autocontrato celebrado por el padre en nombre del hijo a principios del siglo XX, a su abierta admisión desde los años cincuenta[41].

3.2. La Novísima Recopilacion

Por su parte, la Novissima Recopilación 10, 12, 1, recoge una interesante disposición[42]. Se trata de un ordenamiento de la Cámara del Rey Alfonso XI que prohibe 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 cualqier que sea, no pueda ni deba comprar ninguna cosa de sus bienes de aquel o aquellos que administrare; y si la comprare 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 tiene de novedoso respecto a las Partidas su carácter más genérico y su mayor contundencia. De un lado, excluye expresamente que pueda ser válida la autocontratación de forma pública. Se prohibe tanto si la

[39] DIAZ DE ENTRE-SOTOS, [n.1] p.21.

[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 Alto Tribunal no modificó su posición hasta la STS 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.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0221

compra es pública como si es privada, sin que parezca posible autorización judicial alguna, a diferencia de la ley de las Partidas antes vista. Recuérdese al respecto que en Roma sí se permitía la autoentrada del tutor si la adquisición era pública[43]. Este endurecimiento de la norma, a juicio de Gutierrez, encuentra si explicación porque al estar los tutores obligados a vender lo más caro posible, se podría temer fundadamente que, abierta la puerta, recurrieran en las subastas a manejos oscuros en perjuicio de sus representados[44]. Otros intérpretes de esta singular disposición han creído sin embargo más lógico que este derecho territorial lo único que perseguía era simplemente establecer una pena para el caso en que se efectuase la compra, tanto pública como privada, sin autorización judicial[45]. Es llamativo además que se contemple no sólo la nulidad del contrato realizado, sino también una sanción pecuniara para quien infrinja la orden real.

En otro orden de cosas, esta norma generó en el periodo 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, pero de otro, la disposición parecía dirigida también "otro hombre o mujer cualqier 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 efectivameente de "otro hombre o mujer cualqier que sea ", y además en la propia *ratio legis* de la norma, 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 representación o administración legal como voluntaria[46].

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 regulación de la capacidad de disposición del tutor, y en este sentido con el precepto concluyente de la Novissima, la opinión de la mayoría de los tratadistas fue la de que el ordenamiento español prohibía de manera general el autocontrato originado de cualquier 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 y "borrándose" aquellas excepciones romanas. No obstante, la cuestión no debía estar clara y de forma atribulada entró en el Código civil de 1889.

[43] DIAZ DE ENTRE-SOTOS, [n.1] p.23.

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

[45] MERCHÁN, [n.33] p.131.

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

https://doi.org/10.55104/FRDC_0221